

Entreprenørens/selgerens tapsbegrensningsplikt ved heving etter bustadoppføringsloven og avhendingsloven



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 666
Leveringsfrist: 25.11.2009

Til sammen 16278 ord

15.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Emne og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Rettskilder og metode	2
1.4	Den videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>GENERELT OM TAPSBEGRENSNINGSPLIKT</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	Rettsgrunnlag	8
2.3	Begrunnelse	9
2.4	Den lovfestede og den ulovfestede tapsbegrensningsplikt	11
2.5	Kort om forholdet til noen øvrige tapsutmålingsprinsipper	12
2.5.1	Medvirkning	12
2.5.2	Lempning	13
2.5.3	Påregnelig årsakssammenheng	13
2.6	Hvordan fastlegges tapsbegrensningsplikten innhold og utstrekning?	14
2.6.1	Innledning	14
2.6.2	Foreliggende muligheter for å begrense tapet	15
2.6.3	Krav til rimelighet og forholdsmessighet	15
2.6.4	Tidspunkt for inntreden	16
2.6.5	Erstatningsgrunnlaget	19
2.6.6	Utmålingsmetoden	21
2.6.7	Andre omstendigheter	22

<u>3</u>	<u>ENTREPRENØRENS TAPSBEGRENSNINGSPLIKT VED HEVING ETTER</u>	
	<u>BUSTADOPPFØRINGSLOVEN</u>	24
3.1	Innledning	24
3.2	Hjemmel	24
3.2.1	Oppdrag som ikke omfatter rett til tomt	26
3.2.2	Oppdrag som omfatter rett til tomt	28
3.3	Hva utløser tapsbegrensningsplikten?	29
3.3.1	Innledning	29
3.3.2	Manglende betaling	29
3.3.3	Manglende medvirkning	30
3.3.4	Forventet avtalebrudd	30
3.4	Hva kan tapsbegrensningsplikten bestå av?	31
3.4.1	Innledning	31
3.4.2	Avtale	32
3.4.3	Dekningssalg	32
3.4.4	Utleie	34
3.4.5	Dekningskontrahering	35
3.4.6	Permittering og oppsigelse	38
3.4.7	Annet	39
3.5	Har tidspunktet tapsbegrensningsplikten inntreffer på betydning for dens innhold?	40
3.5.1	Innledning	40
3.5.2	Ved avtaleinngåelsen	40
3.5.3	Etter påbegynt oppdrag	40
3.5.4	Ved ferdigstillelsen	41
<u>4</u>	<u>SELGERENS TAPSBEGRENSNINGSPLIKT VED HEVING ETTER</u>	
	<u>AVHENDINGSLOVEN</u>	42
4.1	Innledning	42
4.2	Hjemmel	42

4.3	Hva utløser tapsbegrensningsplikten?	43
4.3.1	Innledning	43
4.3.2	Manglende betaling	44
4.3.3	Manglende medvirkning	45
4.3.4	Forventet avtalebrudd	45
4.4	Hvilken innvirkning har tapsbegrensningsplikten på erstatningsutmålingen?	46
4.4.1	Selgerens erstatningskrav ved manglende betaling	46
4.4.2	Selgerens erstatningskrav ved manglende medvirkning	47
4.5	Hva kan tapsbegrensningsplikten bestå av?	49
4.5.1	Innledning	49
4.5.2	Avtale	50
4.5.3	Dekningssalg	50
4.5.4	Utleie	52
4.5.5	Annet	52
<u>5</u>	<u>ER DET FORSKJELL PÅ ENTREPRENØRENS/SELGERENS TAPSBEGRENSNINGSPLIKT VED HEVING ETTER BUSTADOPPFØRINGSLOVEN OG AVHENDINGSLOVEN?</u>	<u>54</u>
5.1	Tapsbegrensningsplikten inntreden	54
5.2	Tapsbegrensningsplikten innvirkning på erstatningsutmålingen	54
5.3	Tapsbegrensningsplikten innhold	55
5.4	Konklusjon	56
<u>6</u>	<u>KILDER</u>	<u>A</u>
6.1	Litteraturliste	A
6.2	Lover og forarbeider	C
6.3	Domsregister	D

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er entreprenørens/selgerens tapsbegrensningsplikt ved heving etter bustadoppføringsloven og avhendingsloven. Dette rettsfelt er blant annet interessant i tilknytning til finanskrisen verdensøkonomien nylig har gjennomgått, men også i forbindelse med eventuelle fremtidige nedgangstider. I perioder der stadig flere opplever arbeidsledighet og manglende likviditet øker risikoen for mislighold av kontrakter. Bankene foretar ofte kredittinnstramming i slike situasjoner, og personer som i første omgang fikk lånetilsagn på et bestemt beløp risikerer at dette trekkes tilbake eller reduseres. Dette gir seg utslag i flere markeder, men kanskje spesielt på boligmarkedet, hvor det blant annet i 2007-2008 ble erfart en sterk nedgang. Slike nedgangstider med misligholdte kontrakter medfører ofte erstatningskrav og i den forbindelse inntreffer også tapsbegrensningsplikten.

Ideen til å skrive om nettopp entreprenørens/selgerens tapsbegrensningsplikt ved heving fikk jeg etter å ha pratet med en av advokatene i min deltidsjobb i et advokatfirma. Advokaten hadde en sak der kjøperen nektet å overta en eiendom som avtalt. Dette medførte heving fra entreprenørens side og et erstatningskrav i den forbindelse. Entreprenørens tapsbegrensningsplikt stod sentralt i erstatningsutmålingen og advokaten slet med å finne relevant juridisk materiale i tilknytning til dette. Det oppstod blant annet spørsmål om man kunne kreve at entreprenøren dekningssolgte eller leide ut boligen. Jeg syntes temaet virket interessant og bestemte meg for å sette meg nærmere inn i dette. Formålet med oppgaven er derfor å klargjøre og studere nærmere hva tapsbegrensningsplikten innebærer i en hevingssituasjon etter de to lovene.

1.2 Avgrensninger

Jeg har avgrenset oppgaven til å omhandle entreprenørens/selgerens tapsbegrensningsplikt ved heving etter bustadoppføringsloven og avhendingsloven. Dette innebærer at byggherrens/kjøperens tapsbegrensningsplikt ikke skal behandles. Oppgaven avgrenses også til kun å gjelde avhending ved salg etter avhendingsloven. Avhending ved bytte og gave, jfr. avhendingsloven § 1-1, behandles derfor ikke.

Jeg vil fokusere på tapsbegrensningsplikten ved heving, slik at situasjonen ved avbestilling og andre opphørsgrunner ikke direkte behandles. Det eksisterer imidlertid visse likhetstrekk og glidende overganger mellom forskjellige opphørsgrunner. Dermed kan det være nødvendig å trekke inn dette i noen sammenhenger. I vurderingen av tapsbegrensningsplikten kan skattemessige forhold spille inn. Av hensyn til oppgavens omfang vil heller ikke dette behandles. Ellers kan plikten til å heve også i seg selv være en del av tapsbegrensningsplikten¹. Ettersom oppgaven omhandler tapsbegrensningsplikten i en hevingssituasjon vil heller ikke dette behandles direkte.

1.3 Rettskilder og metode

Jeg vil anvende tradisjonell norsk rettskildelære i avhandlingen. *Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringsloven)* av 13. juni 1997 nr. 43 og *lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven)* av 3. juli 1992 nr. 93 er de to mest sentrale lovene i den forbindelse. *Lov om kjøp (kjøpsloven)* av 13. mai 1988 nr. 27 har imidlertid vært premissleverandør for deler av kontraktslovgivningen, deriblant bustadoppføringsloven og avhendingsloven. Dermed vil også kjøpslovens innhold og praksis rundt denne kunne spille inn i drøftelsene². De sentrale bestemmelsene i kjøpsloven gir dessuten i stor grad uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper³, se for eksempel bestemmelsen om tapsbegrensningsplikt i kjpl § 70,1. Dermed vil praksis i

¹ NOU 1976:34 s. 29 og 31.

² Hagstrøm (2003) s. 51

³ Rt 1999 s. 408

tilknytning til kjøpslovens bestemmelser kunne være relevant i fastleggelsen av de obligasjonsrettslige prinsippenes innhold.

Lovbestemmelsene sier i seg selv lite om selve innholdet i tapsbegrensningsplikten. Det har derfor vært nødvendig å gå til forarbeidene. Her har jeg blant annet benyttet meg av Ot. prp. nr. 80 (1986-1987) *Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsurekjøp, vedtatt 11. april 1980*, Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) *Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven)* og Ot. prp. nr. 21 (1996-1997) *Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m. m (bustadoppføringsloven)*. Også NOU 1976: 34 *Lov om kjøp*, NOU 1992: 9 *Forbrukarentrepriselov*, NOU 1993:20 *Avtale om ny bustad* og NOU 1979:48 *Avhending av fast eiendom* har bidratt med nytting informasjon.

Ettersom plikten til å begrense sitt tap er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp som bare dels er stadfestet i lovgivningen, vil også lovenes forhistorie, kontraktspraksis og rettspraksis som skriver seg fra tiden før kontraktslovgivningens ikrafttredelse kunne spille inn. Dette går til dels frem av kjøpslovens forarbeider som uttaler at loven ikke medfører noen prinsipielle endringer av gjeldende rett om tapsbegrensningsplikt⁴. Jeg har på bakgrunn av dette benyttet meg av noen dommer som er eldre enn kontraktslovene til eksemplifikasjon.

Et kjennetegn ved de obligasjonsrettslige prinsippene er at de ofte gir seg utslag i ulike deler av kontraktslovgivningen. Rettspraksis fra andre deler av kontraktslovgivningen kan derfor i noen tilfeller ha en viss overførbar betydning. Hensynet til harmonisering av regelverket taler for et slikt standpunkt. Man må likevel ikke overdrive betydningen av dette, ettersom det tross alt dreier seg om ulike rettsfelt der forskjellige hensyn kan spille inn. Imidlertid bør dommer fra andre deler av kontraktslovgivningen i alle fall kunne tjene som eksemplifikasjon på hvordan rettstilstanden kan være på et liknende felt.

⁴ NOU 1976:34 s. 61

Verken lov, forarbeider eller forhistorie gir noe uttømmende svar på hva tapsbegrensningsplikten innebærer. Tapsbegrensningsplikten bygger i stor grad på en rimelighetsvurdering der konkrete forhold spiller inn. Jeg har derfor benyttet meg av en god del rettspraksis. Høyesterettsavgjørelsene er av størst vekt i den forbindelse. De fleste rettssakene angående tapsbegrensningsplikten av relevans for min oppgave stammer imidlertid fra lagmannsretten. Domstolshierarkiet medfører at dommene fra lagmannsretten har mindre vekt enn avgjørelsene fra Høyesterett. Likevel kan dommene fra lagmannsretten tjene med gode eksempler på hva tapsbegrensningsplikten kan innebære, og også til en viss grad vise til momenter som kan være av betydning i avgjørelsen. Jeg har også benyttet meg av en voldgiftsdom i en av drøftelsene. En voldgiftsdom er avsagt av personer oppnevnt av partene til å avgjøre det konkrete forhold, og har derfor svært begrenset vekt. Men igjen skal man ikke undervurdere verdien av et praktisk eksempel.

Tapsbegrensningsplikten kan fremstå som vag og skjønnsmessig. Det kan på bakgrunn av dette se ut til at lovgiveren har overlatt den nærmere fastsettelsen av tapsbegrensningsplikten utstrekning til domstolene. Dette kan virke uheldig ettersom det i utgangspunktet ligger under de folkevalgte å fastlegge rettstilstanden. Vi befinner oss imidlertid på et felt der konkrete forhold spiller inn. En detaljregulering på feltet vil fort bli svært omfattende. Det kan derfor være hensiktsmessig å overlate den nærmere fastsettelsen av prinsippet til den dømmende makt.

Ettersom det er mest underrettspraksis på feltet jeg behandler i tilknytning til tapsbegrensningsplikten kan verken lovgiveren eller domstolene sies å ha avklart tapsbegrensningsplikten nærmere innhold. På bakgrunn av dette har det vært interessant å undersøke hva den juridiske litteraturen sier på området, men også her viste det seg vanskelig å oppdrive litteratur som omhandler min problemstilling direkte. Jeg har derfor funnet en del eksempler fra litteratur som omhandler tapsbegrensningsplikten generelt eller på kjøpovens felt. Både avhendingsloven og bustadoppføringsloven er kjøpslover, slik at litteratur på kjøpslovens område vil kunne være av relevans. Imidlertid gir den juridiske

litteraturen ofte uttrykk for personlige meninger. Slik sett har den svært begrenset betydning. Det er likevel interessant å undersøke hva ulike juridiske forfattere mener på et så skjønnsmessig og uavklart rettsområde. Teorien tjener dessuten som eksemplifikasjon og har god argumentasjonsverdi⁵.

Norsk rett legges til grunn i denne avhandlingen. Imidlertid gjelder det alminnelige prinsipp om tapsbegrensningsplikt i flere av de nordiske landene⁶. Dessuten er kjøpsloven av 1988 et resultat av et nordisk lovsamarbeid som tok sikte på å skape en enhetlig kjøps- og kontraktslovgivning i Norden. Dette tilsier at også lovtekst, forarbeider og litteratur fra Sverige, Danmark og Finland kan ha betydning i fastleggelsen av norsk rett. Synspunktet støttes også av at Høyesterett i noen saker har trukket inn utenlandsk litteratur i sin begrunnelse for sakens resultat⁷. Imidlertid sier verken lovteksten eller forarbeidene fra de respektive landene stort mer enn de tilsvarende norske rettskildene angående tapsbegrensningsplikts innhold. Jeg har på bakgrunn av dette, og på bakgrunn av det lille vi har av norsk litteratur på rettsfeltet, valgt å trekke inn noen eksempler fra den svenske og danske juridiske litteraturen.

1.4 Den videre fremstilling

I den videre fremstilling gis det først en helt generell beskrivelse av det alminnelige prinsipp om tapsbegrensningsplikt. Dette bidrar til å forankre oppgavens tema og gi en nærmere oversikt over det generelle prinsippet som ligger bak selve problemstillingen. Her trekker jeg også inn en del momenter som er av generell relevans i vurderingen av tapsbegrensningsplikts utstrekning. Momentene er av betydning for tapsbegrensningsplikten etter bustadoppføringsloven så vel som avhendingsloven. På denne bakgrunn fant jeg det mest naturlig å behandle momentene felles under avhandlingens del om den generelle tapsbegrensningsplikt. Jeg går så over på tapsbegrensningsplikten etter bustadoppføringsloven. Her vil jeg trekke inn hva som utløser tapsbegrensningsplikten og

⁵ Andenæs (1997) s. 130

⁶ Hagstrøm (2003) s. 560-562 og Iversen (2000) s. 148f.

⁷ Rt 1957 s. 778 og Eckoff (2001) s. 285

hva den kan bestå av. Også særegne momenter av betydning for tapsbegrensningsplikten innhold nevnes. Tilsvarende gjøres under redegjørelsen for selgerens tapsbegrensningsplikt etter avhendingsloven. Til slutt vil jeg foreta en sammenlikning av tapsbegrensningsplikten etter de to lovene.

2 Generelt om tapsbegrensningsplikt

2.1 Innledning

Når det forligger mislighold av en kontrakt kan den skadelidte part gjøre gjeldende misligholdssanksjoner. Det være seg rett til å kreve avtalen oppfylt, rett til å heve og/eller rett til å kreve erstatning⁸. Et kontraktsbrudd representerer en ubalanse i kontraktsforholdet og misligholdssanksjonene skal blant annet kunne gjenopprette balansen. Den skadelidte part kan for eksempel kreve erstatning for det økonomiske tap han lider som følge av avtalebruddet. Dette omtales ofte som at han kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det er kun det økonomiske tap han kan kreve erstattet, noe som innebærer at ulemper i form av for eksempel irritasjon og frustrasjon ikke skal erstattes. Tapsbegrensningsplikten gjør et unntak fra utgangspunktet om full erstatning ved at brudd på plikten kan redusere skadelidtes erstatningskrav. Den skadelidte part plikter nemlig ved rimelige tiltak å begrense sitt tap, hvis ikke må han bære tapet selv. På den annen side vil den skadelidte ved oppfyllelse av tapsbegrensningsplikten kunne kreve kostnadene ved tiltaket erstattet av skadevolderen.

Terminologien ”tapsbegrensningsplikt” har vært kritisert i teorien⁹, da det reelt sett ikke foreligger noen plikt til å begrense tapet, men heller en forflytting av ansvar for tap den skadelidte kunne og burde ha begrenset. På bakgrunn av en godt innarbeidet terminologi vil jeg likevel benytte ordet ”plikt” i det følgende. Tapsbegrensningsplikten kan innebære både aktiv og passiv adferd. Det kan for eksempel være en plikt for selgeren til aktivt å foreta et dekningsalg når kjøperen ikke vil overta kjøpstingen etter avtalen, eller en plikt for entreprenøren til å la være å inngå midlertidige ansettelsesavtaler når det er klart at byggeprosjektet ikke vil gjennomføres. Det er selvsagt at tapsbegrensningsplikten også rammer alle forsøk på å utnytte situasjonen til å skaffe seg en større erstatning enn kontraktsbruddet i utgangspunktet tilsier.

⁸ Se f. eks. kjøpsloven §§ 52, 54, 55 og 57, jfr. § 51, bustadoppføringsloven §§ 57, 52 og 53, jfr. § 55 eller avhendingsloven §§ 5-2, 5-3 og 5-4, jfr. § 5-1.

⁹ Herre (1996) s. 568

2.2 Rettsgrunnlag

Tapsbegrensningsplikten er hjemlet flere steder i lovgivningen. En av hjemlene finnes i kjøpsloven § 70,1. Her fremgår at den part som påberoper kontraktsbrudd *”ved rimelige tiltak [skal] begrense sitt tap. Forsømmer han dette, må han selv bære den tilsvarende del av tapet”*. Av forarbeidene fremgår at dette stemmer med et alminnelig anerkjent prinsipp ved erstatningsberegning. Det legges altså til grunn at det eksisterer et ulovfestet obligasjonsrettslig prinsipp om tapsbegrensningsplikt¹⁰. Denne plikten til å begrense sitt tap er alminnelig anerkjent ved erstatningsberegning både i og utenfor kontraktforhold¹¹. Hvordan den ulovfestede tapsbegrensningsplikt forholder seg til lovbestemmelsene om tapsbegrensningsplikt går jeg inn på i punkt 2.4.

Plikten til å begrense sitt tap er ellers hjemlet i blant annet håndverkertjenesteloven § 30,2, avhendingsloven § 7-2,1 og bustadoppføringsloven § 36,2. Felles for bestemmelsene er at skadelidte er pliktsubjekt. Det er skadelidte som ved passiv eller aktiv adferd må begrense tapet. Lovgiveren har dessuten nedfelt en generell bestemmelse om tapsbegrensningsplikt i skadeerstatningsloven § 5-1 nr. 2. Bestemmelsen innebærer at der skadelidte eller erstatningssøkeren *”har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden”* vil dette anses som medvirkning med den følge at erstatningsansvaret kan settes ned eller falle bort, jfr. skl § 5-1 nr. 1 og 2. Her likestilles dermed brudd på tapsbegrensningsplikten med medvirkning. Bestemmelsen inneholder et skyldkrav og både forsett og alle former for uaktsomhet omfattes¹². Det må altså være noe å bebreide skadelidte. Skadelidte må dermed dekke tapet eller deler av det selv, når han kunne eller burde begrenset skaden. Det er antatt at bestemmelsen også gjelder i kontraktsforhold¹³.

¹⁰ NOU 1976 :34 s. 61 og Rt 1954 s. 482

¹¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 128

¹² Askeland (2009) note 316 og 303

¹³ Anderssen (2008) s. 412 og bl.a. Rt 2003 s. 400 der Høyesterett har benyttet bestemmelsen ved kontrakterstatning.

Tapsbegrensningsplikten kan også være hjemlet i den konkrete avtalen. Plikten nærmere innhold fastlegges da ved alminnelig avtaletolkning. Ved enighet om tolkningen vil partenes felles forståelse legges til grunn, mens man ved uenighet normalt kommer frem til tolkningsresultatet ved å veie ordlyd, kontekst, partenes forutsetninger og så videre mot hverandre. I de tilfeller tapsbegrensningsplikten har hjemmel i preseptorisk lov vil imidlertid loven gå foran ved motstrid mellom avtale og lov.

2.3 Begrunnelse

Som med de fleste rettsprinsipper eksisterer det både forhold som kan tale for og mot en tapsbegrensningsplikt. Som mothensyn kan man for eksempel spørre hvorfor skadelidte skal pålegges å foreta seg noe når han i utgangspunktet har oppfylt avtalen etter dens innhold. Det kan da virke noe urimelig at han pålegges ansvar for at han ikke har begrenset skadevolderens erstatningsansvar. Imidlertid utgjør tapsbegrensningsplikten et unntak fra utgangspunktet om full erstatning. Tapsbegrensningsplikten trer bare inn når den skadelidte ikke har vært aktsom nok, jfr. *"kunne og burde handlet annerledes"*. Skadelidtes interesser er dermed ivaretatt når han forholder seg alminnelig aktsomt. Videre pålegges skadelidte kun å foreta tapsbegrensende tiltak som er *"rimelige"* ut fra tidspunktet for inntrådt aktuelt eller antasipert mislighold. Kravet til forholdsmessighet tjener dermed også til skadelidtes fordel. Den alminnelige handlenorm som legges til grunn gjør at skadelidte enkelt og greit kan beskytte seg mot erstatningsreduksjon ved å handle alminnelig aktsomt.

Et annet mothensyn kan være å hevde at tapsbegrensningsplikten er unødvendig fordi skadelidte vil begrense tapet i egen interesse på grunn av usikkerheten rundt det å faktisk motta erstatning¹⁴, og videre at det er unødvendig med en regulering siden partene kunne sikret seg mot ansvar ved å inngå en avtale. Dette er i og for seg greie mothensyn, men vi trenger likevel en regulering av de situasjoner der skadelidte ikke begrenser eget tap eller inngår en avtale. Vi ser på bakgrunn av dette at eventuelle mothensyn fort blir angrepet av hensyn som taler for en tapsbegrensningsplikt.

¹⁴ Iversen (2000) s. 151

Kontraktslovgivningen og dens forarbeider gir ingen forklaring på hvorfor vi har tapsbegrensningsplikten. Det kan være at lovgiveren anså prinsippet å bygge på så grunnleggende hensyn at det ble unødvendig å gå nærmere inn på begrunnelsen. Det er likevel på sin plass med en begrunnelse her. Reglene om tapsbegrensningsplikt kan blant annet ses som et utslag av prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten stiller krav til aktsom og lojal opptreden, og gjelder så lenge forpliktelsen består¹⁵. Den skadelidte part er altså pliktig å ivareta motpartens hensyn selv om motparten har misligholdt avtalen. Utstrekningen av denne plikten vil imidlertid variere med misligholdets art. Det er mindre grunn til å beskytte en skadevolder som har opptrådt grovt uaktsomt eller forsettelig, sammenlignet med en som har opptrådt simpelt uaktsomt. Jeg går nærmere inn på dette i punkt 2.6.5.

Tapsbegrensningsplikten ivaretar dessuten rettferds- og rimelighetshensyn. Selv om skadevolderen har misligholdt en avtale, vil det virke urimelig å pålegge han ansvaret for tap som skadelidte kunne og burde ha forhindret. Hvis kjøperen for eksempel ikke kan overta et hus som avtalt, ville det virke urimelig om selgeren bare kunne avvente erstatningskrav uten å foreta dekningsalg, for så å kreve full erstatning fra kjøperen. Kjøperens mislighold kan skyldes problemer med finansieringen, og et unødvendig stort erstatningskrav fra selgeren kan nærmest virke ruinerende. Ved å pålegge selgeren en plikt til å begrense sitt tap motvirker man at et urimelig tungt ansvar legges på skadevolderen. Tapsbegrensningsplikten virker dermed preventivt og motvirker også sløsing¹⁶. Dette fremmer igjen omsetningslivets interesser. Ved å unngå unødvendige tap sparer man samfunnet for kostnader. Hensyn som ivaretar økonomisk velstand og allmenn velferd har dermed også vært nevnt som begrunnelse¹⁷.

¹⁵ Rt 1988 s. 1078

¹⁶ Hagstrøm (2003) s. 561

¹⁷ Herre (1996) s. 565

2.4 Den lovfestede og den ulovfestede tapsbegrensningsplikt

Det kan spørres om det ulovfestede prinsipp om tapsbegrensningsplikt kan supplere den lovfestede tapsbegrensningsplikt, eller om lovbestemmelsene anses som *lex specialis*. Loven gir oss ikke svar på spørsmålet. Kontraktslovenes forarbeider kan derimot hjelpe oss noe på vei. Både bustadoppføringslovens og avhendingslovens forarbeider viser til at hjemlene for tapsbegrensning samsvarer med kjøpsloven § 70¹⁸. Forarbeidene til kjøpsloven uttaler videre at kjøpsloven § 70 samsvarer med det alminnelige prinsipp om tapsbegrensning¹⁹. Dette taler for at kontraktslovenes bestemmelser om tapsbegrensningsplikt, i alle fall der de bygger på kjøpslovens § 70, også samsvarer med det ulovfestede prinsipp om tapsbegrensningsplikt. Situasjonen i forhold til hjemlene for tapsbegrensningsplikt i bustadoppføringsloven og avhendingsloven virker dermed grei. Her ønsket lovgiveren å lovfeste den ulovfestede tapsbegrensningsplikt.

Hagstrøm nevner problemstillingen kort i et petitavsnitt, men da i tilknytning til om den generelle bestemmelsen i kjøpsloven § 70 kan komme supplerende inn ved de øvrige bestemmelsene om tapsbegrensningsplikt i kjøpsloven²⁰. Problemstillingen er i og for seg bare interessant hvis bruken av de ulike hjemlene vil medføre noen forskjell i praksis. Hjemlene i kjøpsloven kan tenkes å medføre faktiske forskjeller i resultatet, men det vil føre for langt å gå videre inn på dette her. Hagstrøm diskuterer kun problemstillingen på kjøpsrettens felt, men problemet vil trolig også kunne være aktuelt i kontraktsretten generelt. Gode grunner kan i så tilfelle tale for at man forholder seg til lovens ordlyd der tapsbegrensningsplikten er nedfelt i en lovbestemmelse. Lovgiveren har ofte foretatt avveininger i tilknytning til ordlyden, og man bør da unngå å overstyre dette ved å ta for gitt at ordlyden samsvarer med den ulovfestede tapsbegrensningsplikt. På den annen side taler hensynet til regelharmonisering for at prinsippet bør ha samme innhold uavhengig av

¹⁸ Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 69 og Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 130

¹⁹ NOU 1976: 34 s. 61

²⁰ Hagstrøm (2003) s. 561

hjemmel. De sterke hensyn som ligger bak den ulovfestede tapsbegrensningsplikt peker også i denne retning.

2.5 Kort om forholdet til noen øvrige tapsutmålingsprinsipper

Tapsbegrensningsplikten er bare ett av flere prinsipper som virker inn på tapsutmålingen. Det erstatningsbetingende tapet kan begrenses fra flere kanter. Deler av kontraktslovgivningen skiller for eksempel mellom direkte og indirekte tap, der sistnevnte i visse situasjoner ikke erstattes²¹. Videre har vi læren om *compensatio lucri cum damno* som innebærer at berikelse skal gå i fradrag. Ellers har både bustadoppføringsloven og avhendingsloven flere bestemmelser som bygger på samme hensyn som tapsbegrensningsplikten, og ligner denne i flere relasjoner²². Felles for prinsippene er at de gjør et inngrep i utgangspunktet om full erstatning for den positive kontraktsinteressen. Satt på spissen kan man si at det virker noe tilfeldig hvilken terminologi som er valgt i noen sammenhenger. Hvorvidt man velger å si at skadelidte må bære deler av tapet på grunn av egen medvirkning eller på grunn av manglende tapsbegrensning, kan i og for seg virke irrelevant. Resultatet er uansett at tapet reduseres. Men selv om de ulike prinsippene for plassering av tap kan virke likeartede, eksisterer det forskjeller. Jeg vil i det følgende gå kort inn på noen av disse prinsippene.

2.5.1 Medvirkning

Skadelidtes medvirkningsansvar er hjemlet i skl § 5-1. Her fremgår at erstatningsansvaret kan settes ned dersom skadelidte har *”medvirket til skaden ved egen skyld”*. Både medvirkning og manglende tapsbegrensning kan redusere erstatningskravet, og i begge tilfeller vil skadelidtes aktsomhet spille inn i vurderingen. Medvirkning relaterer seg imidlertid til situasjonen før tapet oppstod – altså skadelidtes skyld i avtalebruddet. Mens tapsbegrensningsplikten relaterer seg til situasjonen etter inntrådt mislighold – altså skadelidtes skyld i avtalebruddets konsekvenser. Det er dermed to ulike tidsaspekter i

²¹ Se f. eks kjpl § 27,4, jfr. § 57,2 og avhl § 4-5,1, jfr. § 5-4,2.

²² Se f. eks buofl § 58,2 og avhl § 2-7

vurderingene²³. Lovgiveren har imidlertid likestilt tapsbegrensning med medvirkning i skl § 5-1,2.

2.5.2 Lempning

Også bestemmelsene om lempning kan sies å ha likhetstrekk med tapsbegrensningsplikten. Det eksisterer hjemler for lempning av ansvar flere steder i kontraktslovgivningen, se for eksempel kjpl § 70,2, buofl § 36,3 og avhl § 7-2,2. Bestemmelsene er nesten likelydende og innebærer at erstatningen kan settes ned *”dersom den vil virke urimelig for den ansvarlige part ut fra tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle, og tilhøva ellers”*, jfr. kjpl § 70,2. Vurderingen gjøres dermed ut fra skadevolderens forhold.

I LB-1999-02363 foretok selgeren dekningsalg til lavere pris etter en uberettiget heving fra kjøperens side. Kjøperens erstatningsansvar ble da lempet etter avhendingsloven § 7-2,2 ettersom retten fant at tapet ellers ville bli urimelig for han. Retten mente at selgeren burde solgt til en høyere pris, og at han burde bære tapet selv når han ikke gjorde dette. Dette ble blant annet begrunnet med at differansen ved dekningsalget var unormalt høy. Resultatet ville kanskje blitt det samme ved å benytte tapsbegrensningsplikten, men vurderingen, begrunnelsen og hensynene bak er ulike. Både lempningsregelen og tapsbegrensningsplikten søker å unngå urimelighet for skadelidte, men tapsbegrensningsplikten krever at det er noe å bebreide skadevolderen. Det stilles krav til at skadevolderen kunne og burde handlet annerledes. Dette er ikke et vilkår etter lempningsregelen.

2.5.3 Påregnelig årsakssammenheng

Kravet om påregnelig årsakssammenheng er et ulovfestet grunnvilkår for rett til erstatning. I Rt 1983 s. 205 gis en fin definisjon av påregnelighetskravet. Tapet må stå i en *”rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller*

²³ Hagstrøm (2003) s. 564

*upåregnelig*²⁴. Dette kravet om påregnelighet kan ha visse likhetstrekk med tapsbegrensningsplikten. Skadelidte har for eksempel ikke oppfylt sin tapsbegrensningsplikt slik at han er ansvarlig for deler av tapet selv. Dette kan begrunnes med at han har misligholdt sin plikt til å begrense tapet, men det kan også begrunnes med manglende påregnelig årsakssammenheng. Når skadelidte selv er skyld i tapet, vil det jo være en upåregnelig følge av skadevolderens mislighold. Hvorvidt man ser dette som et brudd i rekken av årsaker eller som et brudd på skadelidtes aktsomhetsplikt kan synes å være av mindre betydning. Resultatet blir det samme – tapet settes ned eller må dekkes fullt ut av skadelidte selv. Men mens påregnelig årsakssammenheng undersøkes ved en vurdering av hva som er en naturlig følge av en hendelse, vurderes tapsbegrensningsplikten ved en vurdering av hva skadelidte kunne og burde ha foretatt seg for å begrense tapet. Vurderingsnormen er dermed ulik etter de to prinsippene.

2.6 Hvordan fastlegges tapsbegrensningsplikten innhold og utstrekning?

2.6.1 Innledning

Kontraktslovgivningen gir få holdepunkter til å fastlegge tapsbegrensningsplikten innhold og utstrekning. Det må likevel kunne legges til grunn at tapsbegrensningsplikten betydning for den konkrete erstatningsutmålingen henger sammen med flere forhold. Som nevnt nedsettes erstatningen ofte ved brudd på tapsbegrensningsplikten. I den forbindelse må det avklares hvor mye erstatningen skal nedsettes - og dermed hvor langt tapsbegrensningsplikten skal utstrekkes. Dette gjøres ut fra en helhetsvurdering. Eksisterende muligheter for tapsbegrensning vil naturlig nok være relevant i vurderingen. I den forbindelse vil forholdsmessigheten og rimeligheten av tiltakene være av betydning. Det vil ellers spille inn hvilket tidspunkt tapsbegrensningsplikten inntrådte på og hvilket grunnlag erstatningskravet bygger på. Men også utmålingsmetoden som benyttes ved erstatningsberegningen kan tenkes å innvirke på hvilket utslag tapsbegrensningsplikten får. Momentene spiller inn ved den generelle tapsbegrensningsplikten, men også ved

²⁴ Rt 1983 s. 205

tapsbegrensningsplikten etter bustadoppføringsloven og avhendingsloven. På bakgrunn av dette vil jeg gjennomgå disse momentene nokså utfyllende i det følgende.

2.6.2 Foreliggende muligheter for å begrense tapet

Hva man kan kreve at skadelidte foretar seg for å begrense tapet avhenger naturlig nok av de praktiske mulighetene for tapsbegrensning som eksisterer. Det må være praktisk mulig å begrense tapet. Tapsbegrensningsplikten gjelder ikke når tapet i realiteten ikke kan begrenses. Kjøpsgjensstanden vil for eksempel kunne være av betydning i denne sammenheng. Det vil normalt være enklere å deknings selge en normalvare, sammenlignet med en spesialbestilt vare²⁵. Har entreprenøren bygget et spesialdesignet hus, vil det kunne være vanskeligere å deknings selge enn et alminnelig hus.

Skadelidte skal selv i rimelig utstrekning undersøke mulighetene for å begrense sitt tap. Han har altså en aktivitetsplikt – eventuelt en aktsomhetsplikt. Hvor langt denne aktivitetsplikten strekker seg beror på hva som objektivt sett var rimelig å forvente av skadelidte på tidspunktet for kontraktsbruddet. Her kan forhold som profesjonalitet og bransjepraksis spille inn²⁶. Det vil for eksempel normalt være rimelig å vente mer av et større firma enn av en privatperson.

2.6.3 Krav til rimelighet og forholdsmessighet

Når man har funnet de tapsbegrensende mulighetene som foreligger må man vurdere rimeligheten av disse i det konkrete tilfellet. Selv om man i ettertid finner at skadelidte burde handlet på en annen måte, er det ikke sikkert at man på tidspunktet for kontraktsbruddet kunne vente dette av vedkommende. Rimelighetshensyn tilsier da at vurderingen av skadelidtes tapsbegrensende tiltak tas på tiden for kontraktsbruddet. Vurderingen av tiltakets rimelighet gjøres dermed ex ante (i fortid), og ikke ex post (i ettertid)²⁷. Tiltak som fremstod som rimelige ex ante vil da være erstatningsbetingende. Det

²⁵ Herre (1996) s. 644

²⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 128

²⁷ Herre (1996) s. 593

stilles imidlertid ikke krav til at tiltakene har medført en faktisk reduksjon av tapet. Skadelidte kan derfor kreve utgiftene ved et kostnadsøkende tiltak erstattet, så fremt tiltaket fremstod som rimelig på tidspunktet for kontraktsbruddet²⁸. Har entreprenøren for eksempel forgjeves forsøkt å deknings selge boligen, vil han også kunne kreve de påløpte salgskostnadene erstattet. Dette bidrar til å fremme skadelidtes innsats i forbindelse med tapsbegrensende tiltak. Når skadelidte vet at han kommer til å få erstatning for det som i øyeblikket fremstod som rimelig, økes hans motivasjon til å finne og gjennomføre slike tiltak.

Skadelidte må gis rimelig tid til å foreta tapsbegrensende tiltak. Han må få tid til å tenke gjennom hvilke tiltak som er formålstjenlige. Likevel plikter ikke skadelidte å gjennomføre ethvert formålstjenlig tiltak. Det må stilles krav til forholdsmessighet mellom tiltaket, tapet og den eventuelle tapsreduksjon som kan oppnås. Hvis det tapsbegrensende tiltak vil medføre en betydelig økonomisk risiko som ikke samsvarer med kontraktsgjenstandens verdi, bør det ikke kreves at tiltaket gjennomføres. Hvor langt plikten strekker seg vil dermed ofte variere med kontraktsverdien. Det er normalt rimelig å kreve mer i en kontrakt med større kontraktsverdier²⁹.

2.6.4 Tidspunkt for inntreden

De foreliggende muligheter skadelidte har for å begrense tapet henger tett sammen med når tapsbegrensningsplikten inntreffer. Hvis selgerens tapsbegrensningsplikt består i å deknings selge huset når kjøperen for eksempel mangler likviditet, vil det være av betydning om tapsbegrensningsplikten inntrådte før et fallende boligmarked, slik at selgeren selv må bære deler av prisdifferansen når han unnlot å deknings selge, eller om tapsbegrensningsplikten inntrådte etter at boligmarkedet hadde falt, slik at kjøperen må dekke prisdifferansen. Hvem som må bære tapet henger dermed dels sammen med tidspunktet for tapsbegrensningspliktens inntreden. Tilsvarende kan anføres i en situasjon der selgeren krever naturaloppfyllelse, mens kjøperen hevder selgerens

²⁸ Bergem (1995) s. 385

²⁹ Bergem (1995) s. 385

tapsbegrensningsplikt inntre i form av en plikt til å heve og foreta dekningsalg.

Tidspunktet for tapsbegrensningsplikts inntreden vil her være av betydning for hvor tapet skal plasseres.

Kontraktslovgivningen gir lite informasjon om fra hvilket tidspunkt

tapsbegrensningsplikten gjelder. Utgangspunktet må være at tapsbegrensningsplikten tre inn når det foreligger et aktuelt mislighold som skadelidte kjente eller burde kjenne til³⁰.

Kjøperen har for eksempel ikke betalt boligen selv om betalingsfristen er utløpt. Dette er et godt utgangspunkt. Det ville virke urimelig om skadelidte skulle lide tap som følge av et mislighold han verken kjente eller burde kjenne til. Dersom skadevolderen for eksempel skjuler at han mangler betalingsevne og ikke kan gjennomføre kontraktmessig oppfyllelse, han lover for eksempel å betale innen en tilleggsfrist selv om han ikke har mulighet til det, ville det virke urettferdig om dette skulle gå ut over skadelidte. I en slik situasjon får ikke skadelidte begrenset tapet ettersom han ikke kjenner til misligholdet. Det må imidlertid kunne stilles visse krav til skadelidtes aktsomhet. Dersom flere forhold taler for at skadevolderen mangler likviditet og disse er tydelige utad, vil skadelidte ha en tapsbegrensningsplikt når han burde kjenne til dette.

Man kan spørre seg om tapsbegrensningsplikten også inntre ved et antepert (forventet) mislighold. Noe som taler mot at tapsbegrensningsplikten skal inntre før et aktuelt mislighold er partenes tillit til kontrakten. Utgangspunktet må være at kontraktspartene skal kunne stole på at avtalen oppfylles etter sitt innhold. Det virker urimelig om kontraktspartene til enhver tid må være på vakt i forhold til om mislighold kan være på vei til å inntre. Dette taler mot at tapsbegrensningsplikten skal inntre ved et antepert mislighold.

På den annen side bør tapsbegrensningsplikten inntre der misligholderen gir beskjed på forhånd om at han ikke kan betale, ikke vil oppfylle eller ikke kan oppfylle. Når skadelidte

³⁰ Hagstrøm (2003) s. 563

har fått rimelig beskjed i en slik situasjon bør han ikke bare sitte passiv og vente på innbetalt erstatning for den positive kontraktsinteressen. Skadelidte bør i en slik situasjon søke å minske sitt tap. Høyesterett hadde i Rt 1954 s. 482 en uttalelse til støtte for dette synspunktet: *"Det må antas å følge av alminnelige kontraktsmessige synsmåter at en kjøper så langt råd er i alminnelighet bør søke å motvirke de økonomiske følger av at et salg strander, og at hans plikt oppstår når han blir klar over at selgeren ikke vil eller ikke kan levere etter kontrakten"*. Altså inntre tapsbegrensningsplikten etter dommen når selgeren kjenner til det antesiperte mislighold³¹. Dommen gjennomgås nærmere under punkt 2.6.5. Sterke reelle hensyn støtter opp om uttalelsen i dommen. Der man vet at mislighold vil inntre ville det virke illojalt å unnlate å minske skaden i størst mulig grad. Tungtveiende hensyn som lojalitet, rimelighet og økonomisk velferd ligger til grunn for synspunktet.

Situasjonen der skadelidte kjenner til det antesiperte mislighold er slik sett grei. Her kan skadelidte faktisk foreta seg noe for å begrense saken, og han bør derfor ha en plikt i så måte. Men det er ikke sikkert tapsbegrensningsplikten inntre i tilfeller der skadelidte *burde* kjenne til det antesiperte mislighold. Ved aktuelt mislighold inntre tapsbegrensningsplikten både der skadelidte *kjente* og *burde kjenne* til det aktuelle misligholdet, men det er ikke nødvendigvis slik at like strenge krav skal stilles ved et antesipert mislighold. Et antesipert mislighold er jo ganske forskjellig fra et aktuelt mislighold, blant annet på grunn av usikkerheten rundt dets inntreden. Et argument mot at skadelidte skal kunne pålegges ansvar der han burde kjenne til det antesiperte misligholdet, er at han ikke har noen faktiske muligheter for å begrense tapet siden han ikke vet om det. Det kan da fremstå som urimelig å pålegge han ansvar.

På den annen side dreier det seg om en situasjon der en alminnelig aktsom person ville kjent til misligholdet, slik at også skadelidte burde kjenne til det. Det kan da hevdes at skadelidte bør bære deler av tapet siden han ikke har vært aktsom nok. Bevis hensyn taler

³¹ Se også Bergem (1991) s. 656

også i denne retning. Det kan være vanskelig å bevise om skadelidte faktisk kjente til et antesipert mislighold. Situasjonen forenkles ved å kun kreve at han burde kjenne til det. Dette taler for at tapsbegrensningsplikten også inntreder der skadelidte burde kjenne til det antesiperte misligholdet.

Plikten til å opptre forsvarlig og aktsomt i enhver situasjon er grunnleggende i norsk rett. Aktsomhetsplikten virker samfunnsbesparende og ivaretar lojalitetsplikten mellom avtaleparter. Dette er tungtveiende hensyn som taler for at en person som etter en alminnelig aktsomhetsnorm burde handlet annerledes, bør bære risikoen for sin opptreden. Altså bør tapsbegrensningsplikten inntre der skadelidte burde kjent til det antesiperte mislighold. Imidlertid kan det kanskje være grunnlag for å sette en strengere plikt til å begrense tapet der skadelidte kjente til misligholdet, sammenlignet med når han burde kjenne til misligholdet. Dette må imidlertid vurderes konkret og bakgrunnen til at skadelidte ikke kjenner til avtalebruddet bør nok tillegges betydning – altså bør graden av aktsomhet fra skadelidte tillegges vekt i vurderingen.

2.6.5 Erstatningsgrunnlaget

Tapsbegrensningspliktens innvirkning på erstatningsutmålingen kan også variere med grunnlaget erstatningskravet baserer seg på. Culparegelen er den alminnelige erstatningsregel også i kontraktsforhold. Regelen innebærer at hvis det er noe å bebreide kontraktsparten, så vil dette være grunnlag for erstatning³². Begrepet omfatter både forsett og uaktsomhet. Det kan være grunn til å *nedsette* skadelidtes plikt til å begrense sitt tap i de tilfeller skadevolderen misligholder kontrakten forsettlig eller grovt uaktsomt. Hvis skadevolderen for eksempel ikke gidder å følge opp en avtale fordi han har mistet interessen, fremstår det urimelig å kreve en større tapsbegrensende innsats fra skadelidte. I et slikt tilfelle bærer jo skadevolderen en større del av skylden slik at han bør pålegges en større del av ansvaret enn ved for eksempel simpel uaktsomhet. Høyesterett vektlegger til en viss grad dette i Rt 1954 s. 482. Saken omhandlet kjøperens tapsbegrensningsplikt, men

³² Hagstrøm (2003) s. 452 flg.

kan likevel ha en viss overførbar og illustrerende betydning for selgerens tapsbegrensningsplikt. Det var uenighet mellom selgeren og kjøperen om en salgsavtale var inngått for 75 tonn hvalolje. Selgeren bestred avtalen, men Høyesterett kom til at bindende avtale forelå. Like etter kontraktsinngåelsen fremgikk det at selgeren ikke anså seg forpliktet til å levere 75 tonn. Likevel fastholdt kjøperen avtalen og gjorde noen mindre forsøk på å dekningskjøpe olje. Høyesterett kom til at kjøperen hadde opprettholdt sin tapsbegrensningsplikt og begrunnet dette blant annet med et stramt marked. Retten la i den forbindelse vekt på selgerens labre innsats for å oppfylle den avtalte leveransen. Kravene til tapsbegrensningsplikten ble satt ned når misligholderen hadde en svak innsats på å begrense tapet.

Men skadevolderens opptreden kan også gi grunn til å *skjerpe* skadelidtes plikt til å begrense sitt tap. Dersom selgeren for eksempel er forsinket i leveringen, men tilbyr en surrogatvare vil kjøperens tapsbegrensningsplikt kunne være brutt om kjøperen avviser tilbudet. Av kjøpslovens forarbeider fremgår i den forbindelse: *”Hvis kjøperen har avvist et akseptabelt tilbud uten noen reell grunn, vil det kunne få betydning for erstatningens omfang”*³³. Jeg antar at tilsvarende gjelder ved selgerens tapsbegrensningsplikt der kjøperen misligholder.

Dersom kontrollansvaret er ansvarsgrunnlaget går misligholderen som utgangspunkt bare fri når misligholdet skyldes en hindring utenfor hans kontroll, som han ikke kunne forutse, unngå eller overvinne følgene av³⁴. Kontrollansvaret innebærer et vidtgående ansvar ved at skadevolderen nærmest uavhengig av årsaken til avtalebruddet pålegges et erstatningsansvar. Men også der kontrollansvaret er ansvarsgrunnlaget bør årsaken bak avtalebruddet tillegges vekt i vurderingen av tapsbegrensningspliktens utstrekning.

³³ NOU 1976: 34 s. 61

³⁴ Se f. eks kjpl § 27, boufl § 52,4 og avhl § 5-4,1.

2.6.6 Utmålingsmetoden

Det kan tenkes at tapsbegrensningsplikten også påvirkes av metoden som benyttes for erstatningsutmålingen. Erstatningsberegningen av motpartens positive kontraktsinteresse skal skje etter alminnelige utmålingsprinsipper. Utmålingen av erstatningen ved avbestilling kan skje etter to ulike modeller; addisjonsmetoden og subtraksjonsmetoden. Verken kjøpsloven eller bustadoppføringsloven gir noe svar på hvilken metode som skal benyttes. Departementet fant det ikke nødvendig å ta stilling til beregningsmetoden. Det viktigste var at de lovbestemte tapspostene ble dekket. Fremgangsmåten ble ansett å være irrelevant³⁵. Denne avhandlingen omhandler riktignok tapsbegrensningsplikten i en hevingssituasjon. Det kan da virke noe unødvendig å gå inn på utmålingsmetodene ved avbestilling. Erstatningsberegningen etter bustadoppføringsloven er imidlertid identisk ved heving og avbestilling. På bakgrunn av dette vil det være av interesse å gå inn på utmålingsmetoden i en avbestillingssituasjon. Innholdet og betydningen av de to utmålingsmodellene er ikke endelig avklart, men det har vært anført en betydelig argumentasjon i favør av subtraksjonsmetoden³⁶. Teoretisk skal disse metodene gi samme resultat, men bevisbyrden er plassert ulikt. Det kan være at metodene også gir ulikt utslag i forbindelse med tapsbegrensningsplikten.

Etter subtraksjonsmetoden tas det ved erstatningsberegningen utgangspunkt i det avtalte vederlaget. Det gjøres så fradrag for de kostnadene selgeren vil spare, eventuelt kunne spart, ved å oppfylle kontrakten. Ved tvil er det kjøperen som har bevisbyrden for de besparelsene han krever skal gå i fradrag³⁷. Kjøperen må betale erstatning til selgeren i en slik situasjon, og han må selv bevise hva som kan gå i fradrag slik at hans erstatningsansvar settes ned. Han må for eksempel bevise at selgeren ikke har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt. Subtraksjonsmetoden antas å være mest fordelaktig for selgeren. Selgeren vil ofte være nærmest til å se hva han kan foreta seg for å begrense tapet.

³⁵ Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 105

³⁶ Hagstrøm (2003) s. 240, Herre (1996) s. 659 og Iversen (2000) s. 483

³⁷ Hagstrøm (2003) s. 240

Kjøperen kan på bakgrunn av dette sies å ha en ulempe ved at han har bevisbyrden for at selgeren har brutt sin tapsbegrensningsplikt. Dette kan medføre at kjøperen rent faktisk ikke klarer å fremme bevis for at brudd på tapsbegrensningsplikten foreligger, noe som igjen fører til at selgeren kan få mer erstatning enn han skulle hatt.

Ved addisjonsmetoden fastsettes erstatningen til summen av de omkostninger kontraktsforholdet har påført selgeren, pluss tapt fortjeneste. Ved tvil har her selgeren bevisbyrden for omkostningene og fortjenesten. Dette stemmer med den alminnelige regel om bevisbyrde i kontraktsforhold. Addisjonsmetoden favoriserer kjøperen ved bevisbyrden. Selgeren må nemlig bevise at det foreligger et tap. Imidlertid må kjøperen bevise at tapet skal reduseres som følge av brudd på tapsbegrensningsplikten hvis han vil påberope seg dette. Anvendelsen av addisjonsmetoden kan lett begunstige kjøperen både gjennom bevisbyrdebetraktninger og ved fastsettelsen av antatt fortjeneste. Etter subtraksjonsmetoden fremkommer fortjenesten som en differanse mellom kontraktspris og omkostninger, mens man ved addisjonsmetoden forutsetter at fortjenesten er en gitt størrelse³⁸.

Metodene kan trolig i noen tilfeller medføre ulike resultater ved erstatningsberegningen. Dette på bakgrunn av ulike bevisbyrder og forskjellig fastsettelse av fortjenesten. I forhold til tapsbegrensningsplikten kan jeg imidlertid ikke se at valg av metode spiller inn. Kjøperen har etter begge metoder bevisbyrden for at selgeren ikke har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt. Jeg kan på bakgrunn av dette vanskelig se at valg av metode skulle gi forskjellige utslag med hensyn til tapsbegrensningsplikten.

2.6.7 Andre omstendigheter

Jeg har nevnt en del forhold som kan ha betydning for tapsbegrensningspliktens innhold og utstrekning, og dermed tapsbegrensningspliktens innvirkning på erstatningsutmålingen. Disse er ikke ment å være uttømmende. Det eksisterer også en rekke andre forhold som kan

³⁸ Hagstrøm (2003) s. 240

tenkes å ha betydning i vurderingen av tapsbegrensningsplikts utstrekning. Vi kan for eksempel tenke oss at avtalens art og formål, samt partenes forhandlinger vil kunne spille inn i vurderingen. Dersom skadelidte er i en vanskelig økonomisk situasjon vil også det kunne være av betydning³⁹. Det vil da være vanskeligere å kreve at han skal foreta seg tapsbegrensende tiltak som for eksempel medfører merkostnader. Samlet sett viser momentene tapsbegrensningsplikts relativitet.

³⁹ Herre (1996) s. 581

3 Entreprenørens tapsbegrensningsplikt ved heving etter bustadoppføringsloven

3.1 Innledning

Bustadoppføringsloven gjelder avtaler mellom entreprenør og forbruker om oppføring av ny bolig, jfr. § 1,1. Med forbruker menes en fysisk person som ikke hovedsaklig handler som ledd i næringsvirksomhet, jfr. § 2,1. Bustadoppføringsloven kommer bare til anvendelse der entreprenøren har inngått avtalen som ledd i næringsvirksomhet, medregnet de tilfeller der organisasjoner eller offentlige etater mot godtgjørelse står for ytelse som er ledd i oppføring av ny bolig, jfr. § 2,2. Bestemmelsene i bustadoppføringsloven gjelder så langt ikke annet følger av lov av 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp, jfr. § 4,1. Dette innebærer at loven ikke kommer til anvendelse der avtalen faller inn under kjøpsloven. Tilsvarende gjelder avtaler som faller under forbrukerkjøpsloven⁴⁰. Bustadoppføringsloven er ufravikelig til forbrukerens gunst, jfr. bustadoppføringsloven § 3,1. Det medfører at man ikke kan fastsette avtaler som stiller forbrukeren dårligere enn etter loven. Det er imidlertid ikke noe i veien for at man avtaler seg bort fra reglene til forbrukerens gunst.

3.2 Hjemmel

Entreprenøren har som nevnt en generell ulovfestet tapsbegrensningsplikt. Her skal jeg imidlertid behandle entreprenørens tapsbegrensningsplikt slik den er hjemlet i bustadoppføringsloven § 36. Tapsbegrensningsplikten kan inntre på bakgrunn av ulike hendelser. Forbrukeren unnlater for eksempel å betale eller medvirke slik som avtalt og dette berettiger heving for entreprenøren. Bustadoppføringsloven kapittel syv regulerer slike situasjoner. Dersom forbrukeren ikke medvirker eller betaler til de tider som følger av kontrakt og lov kan entreprenøren ta i bruk misligholdssanksjoner, jfr. § 55. Heving er en

⁴⁰ Lilleholt (2009) note 21

av disse sanksjonene, jfr. § 57. Entreprenørens krav på oppgjør ved heving blir som om forbrukeren hadde avbestilt på hevingstidspunktet, jfr. § 58,1. Erstatningsoppgjøret er altså likt uavhengig av om kjøperen selv avbestiller eller entreprenøren hever. Bakgrunnen for regelen er den nære sammenheng mellom avbestilling og avtalebrudd fra forbrukerens side. Det bør ikke være ulik regulering der forbrukeren ikke rekker å avbestille før entreprenøren fremsetter krav om heving⁴¹. Man kan på bakgrunn av dette se det slik at avbestillingsretten nærmest innebærer en form for legalisert kontraktsbrudd⁴².

Bustadoppføringsloven skiller mellom oppdrag som omfatter rett til ”grunn” (tomt) og oppdrag som ikke gjør det, jfr. §§ 53 og 52. Dette skillet er av betydning for tapsbegrensningsplikten innhold. Oppdrag med rett til tomt innebærer salg av fast eiendom og oppføring av bolig på denne eiendommen⁴³, mens oppdrag uten rett til tomt kun gjelder oppføring av bolig. Dette skillet går igjen flere steder i loven⁴⁴, og tapsbegrensningsplikten i bustadoppføringsloven § 36 kommer til anvendelse ved begge typer oppdrag. Av bestemmelsen fremgår at dersom entreprenøren forsømmer ”å avgrense tapet gjennom rimelege tiltak, må [han] sjølv bere den tilsvarande delen av tapet”, jfr. bustadoppføringsloven § 36,2.

Hva som ligger i ”rimelege tiltak” må vurderes konkret, og svaret vil kunne variere ut fra hva slags oppdrag det dreier seg om. Der oppdraget ikke omfatter rett til tomt vil for eksempel et dekningssalg som utgangspunkt være uaktuelt hvis ikke forbrukeren går med på det. Forbrukeren eier jo i en slik situasjon tomten og vil dermed som utgangspunkt ha disposisjonsretten over den. Et dekningssalg er derfor mer praktisk ved oppdrag som omfatter rett til tomt, siden entreprenøren normalt eier tomten i en slik situasjon.

⁴¹ NOU 1992: 9 s. 51 og NOU 1993:20 s. 35 og 36

⁴² Bergsåker (2000) s. 123

⁴³ Lilleholt (2001) s. 13

⁴⁴ Se bl.a. bustadoppføringsloven §§ 12,3, 18,2, 20,2, 34,3 og 46,1.

3.2.1 Oppdrag som ikke omfatter rett til tomt

Bustadoppføringsloven § 52 andre til fjerde ledd regulerer entreprenørens krav ved heving av oppdrag som ikke omfatter rett til tomt. Utgangspunktet er at det som er ytt skal tilbakeføres under et hevingsoppgjør. Bustadoppføringsloven § 58,3 gjør et unntak fra dette utgangspunktet ved at entreprenøren ikke har krav på å få igjen deler av arbeidet som er utført, eller materialer som er tilført forbrukerens eiendom, så fremt det ikke er tatt forbehold om det. Det betyr at forbrukeren i utgangspunktet kan få en annen entreprenør til å fullføre boligen hvis han ønsker det⁴⁵. Dette påvirker også entreprenørens tapsbegrensningsplikt ved at det blir praktisk vanskelig for han å foreta tapsbegrensende tiltak når ikke forbehold om tilbakelevering er tatt. Entreprenøren eier jo ikke tomten i en slik situasjon og uten forbehold får han heller ikke hentet tilbake de tilførte materialene. Han kan for eksempel ikke deknings selge de tilførte byggematerialene eller benytte de på et annet byggeprosjekt. Entreprenøren er dermed avskåret fra å foreta visse tapsbegrensende tiltak.

Men selv om entreprenøren ikke kan kreve materialene tilbake, kan han kreve vederlag for arbeid som er utført før hevingen, jfr. bustadoppføringsloven § 52,2.

Tapsbegrensningsplikten kan likevel medføre at vederlaget begrenses, for eksempel hvis entreprenøren har utført unødvendig kostnadsfullt og tidkrevende arbeid etter at han kjente eller burde kjenne til forbrukerens mislighold. I en slik situasjon bør han bære deler av tapet selv. Utgangspunktet er imidlertid at entreprenøren har krav på erstatning for det fulle økonomiske tap han lider som følge av hevingen, jfr. bustadoppføringsloven § 52,3.

Bevisbyrden for det erstatningsrettslige tapet ligger hos entreprenøren. Loven stiller imidlertid opp visse begrensninger. Entreprenøren kan bare kreve erstatning for økonomisk tap ”så langt forbrukeren rimeleg kunne rekne med tapet som ei følge av avbestillinga”, jfr. § 52,3. Det må dermed foreligge påregnelig årsakssammenheng. Videre fremgår:

”Dette gjeld òg tapt fortjeneste så langt det blir godtgjort at det ikkje var mogleg å oppnå ei tilsvarende fortjeneste ved oppdrag frå andre”. Her stadfestes dermed en

⁴⁵ Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) s. 81

tapsbegrensningsplikt i forbindelse med dekning av fortjenestetap. I Rt. 2003 s. 486⁴⁶ uttales dette om § 52,3: *”Bestemmelsen inneholder en tapsbegrensningsplikt for entreprenøren. Dersom entreprenøren ikke klarer å få utnyttet sin kapasitet etter avbestillingen, og som følge av dette taper fortjeneste, skal tapet erstattes. På den annen side kan tapet ikke kreves erstattet dersom entreprenøren får utnyttet sin kapasitet fullt ut ved et nytt prosjekt til erstatning for det avbestilte”*. Altså har entreprenøren i utgangspunktet en plikt til å påta seg andre tilgjengelige oppdrag slik at fortjenestetapet på det hevede oppdrag begrenses. Visse begrensninger i denneplikten kommer jeg tilbake til nedenfor under punkt 3.4.5.

Et annet unntak fra utgangspunktet om full erstatning gjøres der hevingen *”kjem av at forbrukeren ikkje kan gjere seg nytte av arbeidet, yte nødvendig medverknad eller betale på grunn av ei hindring som ligg utanfor forbrukarens kontroll, og det ikkje er rimeleg å vente at forbrukaren kunne ha rekna med hindringa på avtaletida, eller at forbrukaren skal unngå eller overvinne følgjene av hindringa”*, jfr. bustadoppføringsloven § 52,4. Det klassiske kontrollansvaret setter dermed sperrer for entreprenørens adgang til å kreve erstatning i slike situasjoner. Dette omfatter også erstatning for tapsbegrensende tiltak. Forbrukeren er ikke erstatningsansvarlig for tap som skyldes hindringer utenfor hans kontrollsfære. Eksempler på slike hindringer kan for eksempel være krig eller naturkatastrofer. Kontrollansvaret omfatter imidlertid kun erstatning for tap etter tredje ledd, slik at vederlag for utført arbeid etter annet ledd uansett kan kreves, jfr. § 52,4.

Ofte eier forbrukeren selv tomten ved oppdrag som ikke omfatter rett til tomt. Det er imidlertid også vanlig at forbrukeren inngår en avtale om rett til tomt med en tredjeperson, samtidig som han inngår avtale med entreprenøren om bygging på denne tomten. Der avtale om rett til tomt er gjort med noen andre enn entreprenøren, og oppføring av bolig er et vilkår for denne avtalen, kan entreprenøren kreve at ytelsene etter denne avtalen tilbakeføres når avtalen mellom entreprenør og forbruker heves på grunn av forbrukerens

⁴⁶ Se redegjørelse for dommen i pkt. 3.4.5

mislighold, jfr. § 58,4. Lovgiveren gjør altså her et unntak fra utgangspunktet om at avtalen er bindende mellom avtalens parter ved at entreprenøren kan kreve avtalen mellom forbrukeren og tredjepersonen opphørt. Entreprenøren har i en slik situasjon interesse av at noen andre trer inn i avtale med tredjemann om plikt til å bygge⁴⁷. Dette påvirker entreprenørens tapsbegrensningsplikt. Uten en slik lovregulering ville entreprenørens tapsbegrensningsplikt sannsynligvis bestå av å deknings selge materialene eller benytte de på andre byggeprosjekter, ettersom forbrukeren i en slik situasjon ville sitte på avtalen med rett til tomt. Lovreguleringen gir en større sannsynlighet for at entreprenøren kan fullføre oppdraget med en annen forbruker. Dette kan medføre at entreprenøren ikke lider noe økonomisk tap, og videre at heller ikke tapsbegrensningsplikten blir aktuell i samme grad.

3.2.2 Oppdrag som omfatter rett til tomt

Ved heving av oppdrag som omfatter rett til tomt kommer ikke § 52 andre til fjerde ledd til anvendelse, jfr. § 53,1. Ettersom hevingen også omfatter tomten vil forbrukeren verken sitte igjen med hus eller tomt i en slik situasjon. Da trenger man heller ikke fastsette et vederlag for utført arbeid, jfr. § 52,2. Her fremstår erstatningsansvaret som mer omfattende og entreprenøren kan kreve erstatning for økonomisk tap så langt forbrukeren kunne regne tapet som en rimelig følge av hevingen, jfr. § 53,1. Det må altså foreligge påregnelig årsakssammenheng. Unntaket for tilfeller som omfattes av kontrollansvaret gjelder altså som utgangspunkt ikke. Reelt sett kan det imidlertid likevel sies å foreligge et kontrollansvar ettersom forbrukeren kan få tilleggsfrist for uventede hindringer utenfor hans kontroll, jfr. § 51,1⁴⁸.

Både ved oppdrag som omfatter rett til tomt og oppdrag som ikke omfatter rett til tomt kan entreprenøren fremme erstatningskrav under hevingsoppgjøret. Denne erstatningen kan generelt nedsettes som en følge av entreprenørens brudd på tapsbegrensningsplikten. Det vil på bakgrunn av dette være interessant å gå nærmere inn på hva som utløser entreprenørens plikt til å begrense sitt tap.

⁴⁷ Lilleholt (2009) note 230

⁴⁸ Lilleholt (2001) s. 192

3.3 Hva utløser tapsbegrensningsplikten?

3.3.1 Innledning

Bustadoppføringsloven sier ingenting om tapsbegrensningsplikten inntreden. Forarbeidene uttaler imidlertid at bustadoppføringsloven § 36 skal svare til kjøpsloven § 70⁴⁹. Som tidligere nevnt gir kjøpsloven § 70 uttrykk for den alminnelige tapsbegrensningsplikten. Dette peker da i retning av at tapsbegrensningsplikten inntreden i bustadoppføringsloven § 36 er sammenfallende med den ulovfestede tapsbegrensningsplikten – altså at den inntreder ved aktuelt eller antasipert mislighold som entreprenøren kjente eller burde kjenne til.

Entreprenørens tapsbegrensningsplikt etter bustadoppføringsloven § 36 kommer til anvendelse ved heving, jfr. § 58. På bakgrunn av dette vil det være nødvendig å redegjøre for når heving kan skje. Bustadoppføringsloven § 57 stiller krav om ”vesentleg avtalebrot” for at entreprenøren skal kunne heve. Hva som ligger i dette gjennomgås i punktene nedenfor. I avtaler som omfatter rett til tomt kan entreprenøren imidlertid ikke heve etter overtakelse, eller etter at skjøte eller festedokument er tinglyst eller gitt forbrukeren. Dermed vil heller ikke tapsbegrensningsplikten i § 36 være praktisk i så henseende. Unntak gjøres der entreprenøren har tatt forbehold eller forbrukeren bryter avtalen, jfr. § 57,2. Entreprenøren kan heller ikke heve når forbrukeren har betalt, med mindre det er gitt melding til forbrukeren om hevingskravet før eller straks entreprenøren fikk vite om betalingen eller medvirkningen, jfr. § 57,3. Det kan være flere forhold som berettiger heving og dermed utløser tapsbegrensningsplikten i bustadoppføringsloven § 36. Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på noen av disse.

3.3.2 Manglende betaling

Manglende betaling kan berettige heving. Av forarbeidene fremgår at det i vesentlighetsvurderingen ved forbrukerens forsinkelse må legges vekt på lengden av forsinkelsen og grunnen til forsinkelsen. Ved betalingsmislighold vil også summens størrelse spille inn. Svikt i betalingsvilje- og evne vurderes strengt og her kan misligholdet

⁴⁹ Ot.prp.nr.29 (1988-1989) s. 94 og Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 69

være vesentlig selv om summen er liten og forsinkelsen kortvarig⁵⁰. Der manglende betaling berettiger heving kommer også hjemmelen for tapsbegrensningsplikt etter bustadoppføringsloven § 36 til anvendelse, jfr. § 58.

3.3.3 Manglende medvirkning

Det skal noe mer til for å heve ved manglende medvirkning. Manglende medvirkning kan for eksempel innebære utelatt levering av tegninger eller materialer som forbrukeren etter avtalen skulle skaffe⁵¹. Ved manglende medvirkning bør man blant annet se hen til om entreprenøren er bedre tjent med tilleggsvederlag etter bustadoppføringsloven § 43, eller en tilleggsfrist etter bustadoppføringsloven § 51⁵². Der manglende medvirkning berettiger heving kommer også hjemmelen for tapsbegrensningsplikt etter bustadoppføringsloven § 36 til anvendelse, jfr. § 58.

3.3.4 Forventet avtalebrudd

Entreprenøren kan også heve der det er ”klårt at det kjem til å oppstå [vesentleg avtalebrot]” jfr. bustadoppføringsloven § 57,1,2. Loven åpner dermed for heving ved et antesipert mislighold og det stilles strenge vilkår, jfr. ”klårt”. Her kan likevel forbrukeren avskjære hevingen ved å skaffe sikkerhet for oppfyllelse jfr. bustadoppføringsloven § 57,1,2. Regelen begrunnes med at entreprenøren yter på kreditt ved at arbeid utføres før vederlag kreves⁵³. Både forventet manglende betaling og forventet manglende medvirkning omfattes. Der forventet avtalebrudd berettiger heving kommer også hjemmelen for tapsbegrensningsplikt etter bustadoppføringsloven § 36 til anvendelse, jfr. § 58.

⁵⁰ NOU 1992: 9 s. 105

⁵¹ Lilleholt (2004) s. 41

⁵² NOU 1992: 9 s. 105

⁵³ NOU 1992: 9 s. 105

3.4 Hva kan tapsbegrensningsplikten bestå av?

3.4.1 Innledning

Bustadoppføringsloven § 36 forteller at entreprenøren må avgrense tapet gjennom ”rimelege tiltak”. Lovgiveren utdyper ikke nærmere hva som ligger i dette. Verken bestemmelsen selv eller forarbeidene sier særlig mer enn at det foreligger en tapsbegrensningsplikt. Når man skal fastlegge innholdet av tapsbegrensningsplikten vil det være naturlig å se på hva det er praktisk mulig og rimelig å forvente at entreprenøren foretar seg for å begrense tapet. Det nærmere innhold av de tapsbegrensende tiltak vil naturlig nok variere i ulike situasjoner. I vurderingen vil både indre og ytre forhold spille inn. Med indre forhold sikter jeg til forhold entreprenøren har kontroll over. Entreprenøren plikter for eksempel å være aktiv ved å forsøke å finne muligheter for å begrense tapet. I den forbindelse bør det imidlertid tas hensyn til at store deler av entreprenørens oppmerksomhet naturlig nok vil være konsentrert om den foreliggende hevingssituasjonen, og det vil da være grenser for hvor mye aktivitet man kan kreve fra entreprenørens side⁵⁴.

Også ytre forhold som entreprenøren ikke har kontroll bør trekkes inn i vurderingen. Det kan for eksempel være endringer i boligmarkedet der tapsbegrensningsplikten består av å foreta et dekningsalg. Entreprenørfirmaets størrelse kan dessuten være av betydning. Det er sjelden rimelig å kreve like vidtgående tiltak fra mindre firmaer som fra større firmaer⁵⁵. I den forbindelse kan også entreprenørens finansielle situasjon være av betydning⁵⁶. Ellers vil flere av momentene nevnt under punkt 2.3 kunne trekkes inn i vurderingen. Jeg vil nå behandle noen eksempler på hva tapsbegrensningsplikten kan bestå av. Disse er ikke ment å være uttømmende.

⁵⁴ NS 8405 Kommentartutgave (2004) s. 504

⁵⁵ Bergem (1991) s. 385

⁵⁶ Herre (1996) s. 581

3.4.2 Avtale

Tapsbegrensningplikten kan tenkes ivaretatt ved at partene selv kommer til enighet om en avtalt ordning. Selgeren tilbyr for eksempel en avbetalingsordning eller en utsatt betalingsfrist når kjøperen ikke kan betale som avtalt. Dersom kjøperen aksepterer tilbudet kan han ikke senere påberope seg at selgeren forsømte tapsbegrensningplikten ved å la være å deknings selge i første omgang. Selgeren har her ivaretatt sin tapsbegrensningssplikt ved å tilby utsatt betaling, og selgeren må kunne stole på og forholde seg til den nye avtalen som er inngått med kjøperen.

Det kan imidlertid spørres om entreprenøren *plikter* å inngå en avtale med misligholderen når han ikke ønsker det selv. Trolig vil entreprenørens avslag på en rimelig og tapsbegrensende avtale kunne medføre at hans erstatningskrav nedsettes. Entreprenøren er den profesjonelle part, og det er liten grunn til å beskytte han der han nekter å innlate seg på en rimelig avtale. Høyesterett har dessuten fastslått at det gjelder et strengt ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere⁵⁷. Dette innebærer at entreprenøren vurderes strengt når man skal fastlegge om han burde handlet annerledes.

Dette må likevel ikke strekkes for langt. Vi må ikke glemme at det er kjøperen som har misligholdt den opprinnelige avtalen. Det vil da være grenser for hvor langt man kan kreve at entreprenøren strekker seg ved å inngå nye avtaler. Tiltak som for eksempel velter tapet over på andre vil normalt ikke kunne kreves. Krav om at entreprenøren øker prisen på andre oppdrag vil i den forbindelse være å strekke tapsbegrensningssplikten for langt⁵⁸. Tapsbegrensningssplikten kan trolig heller ikke strekkes til at entreprenøren selv må ta initiativ til å få i stand en avtalt ordning med misligholderen.

3.4.3 Dekningssalg

Tapsbegrensningssplikten kan innebære en plikt til å foreta et dekningssalg. Et dekningssalg innebærer normalt at entreprenøren forsøker å selge oppdraget/boligen til en

⁵⁷ Rt. 1995 s. 1350

⁵⁸ Hagstrøm (2003) s. 562

utenforstående, slik at kjøperen kun blir erstatningsansvarlig for prisdifferansen.

Forarbeidene uttaler i forbindelse om oppdrag som omfatter rett til tomt at: *”ein normalt gå ut frå at entreprenøren vil kunne oppnå ein ny avtale med ein annan person om oppføring av bustad på den same tomta”*⁵⁹. For slike oppdrag har dermed dekningsalg støtte i forarbeidene. Ved oppdrag som ikke omfatter rett til tomt sitter forbrukeren eller en tredjeperson med tomten. Det vil da være upraktisk å kreve at entreprenøren skal foreta et dekningsalg på en tomt han ikke har rådighet over. Dekningsalg er derfor bare aktuelt ved oppdrag som omfatter rett til tomt.

Hvor langt plikten til å foreta dekningsalg strekker seg varierer mellom ulike situasjoner. Hvorvidt entreprenøren har behov for å dekningselge raskt bør blant annet spille inn i vurderingen. Entreprenøren kan for eksempel ha investert i andre prosjekter, slik at han er avhengig av pengene som skulle kommet inn ved det misligholdte oppdraget. I en slik situasjon vil man kanskje lettere kunne akseptere et lavere bud ved dekningsalget. Men også sannsynligheten for å få i stand et salg som fører til en reduksjon av tapet bør tas med i vurderingen av tapsbegrensningsplikten utstrekning⁶⁰. Her vil man for eksempel kunne ta hensyn til et tregt boligmarked. Ellers bør karakteren av oppdraget spille inn. Det kan for eksempel være vanskelig å få i stand salg av et bestillingsverk etter forbrukers sære preferanse. Dette bør det tas hensyn til i fastleggelsen av tapsbegrensningsplikten innhold.

Det er ikke nødvendigvis slik at tapsbegrensningsplikten er oppfylt selv om entreprenøren forsøker å få i stand et dekningsalg. I tilfeller der entreprenøren kun vil selge til et uforholdsmessig høyt bud kan det være usikkert om tapsbegrensningsplikten er oppfylt. På den annen side bør ikke entreprenøren tvinges til å selge ved omfattende tap. En slik situasjon vil heller ikke tjene godt for forbrukeren siden det gjerne er han som må dekke mellomlegget. Entreprenøren har dermed en aktsomhetsplikt og må foreta et forsvarlig valg

⁵⁹ Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) s. 82

⁶⁰ Hagstrøm (2003) s. 562

i markedet. Han bør derfor innhente tilbud fra ulike interessenter og ellers undersøke markedet i rimelig grad.

Dersom entreprenøren ikke vil deknings selge, fordi han ikke oppnår en god nok pris eller avtale, kan tapsbegrensningsplikten bestå i å selge tomten som den er. Det kan for eksempel innebære salg av en halvferdig bolig. Forarbeidene omtaler dette som en unntakssituasjon⁶¹. Men vi kan også tenke oss at tapsbegrensningsplikten innebærer en plikt til å fullføre byggingen. Det kan ofte være enklere å selge en fullført bygning enn en halvferdig. I andre tilfeller igjen kan tapsbegrensningsplikten bestå av å deknings selge byggematerialer som ikke er benyttet enda, eller å benytte materialene på andre av entreprenørens prosjekter.

3.4.4 Utleie

I en periode med dårlige tider på boligmarkedet kan det være vanskelig for entreprenøren å få i stand et deknings salg. Dersom entreprenøren ikke får gjennomført et deknings salg kan man spørre om han plikter å leie ut boligen. Hvor langt plikten til utleie eventuelt strekker seg må vurderes konkret. Også her kan man spørre seg om tapsbegrensningsplikten er oppfylt når det kreves en uforholdsmessig høy leie. Dette ble påberopt i Borgarting lagmannsretts dom LB-2008-167438. Et selskap mente feilaktig at det hadde rett til å heve en avtale med utleier. Utleier bestred dette og krevde erstatning i den forbindelse. Subsidiært påberopte selskapet (leietaker) at utleier ikke hadde oppfylt sin tapsbegrensningsplikt ved å kreve for høy leie. Det ble også påberopt at leieobjektet ville være vanskelig å selge siden visse mangler ikke var utbedret. Lagmannsretten kom til at tapsbegrensningsplikten var overholdt. Retten kunne ikke se at det var sannsynliggjort at leieprisen medførte at lokalene ikke ble leid ut. Det var ikke tvil om at selskapet hadde gjort hva det kunne for å begrense tapet.

⁶¹ Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) s. 82

Den ovenfor nevnte saken omhandlet en leietvist, slik at utleie fremtrer som den mest praktiske muligheten til å begrense tapet. Det vil naturlig nok være forskjeller på en utleiers og en entreprenørs tapsbegrensningsplikt. Dommen stadfester derfor ikke utleie som en del av tapsbegrensningsplikten etter bustadoppføringsloven, og dommens vekt vil være meget begrenset på dette felt. Likevel kan vi tenke oss utleie som en del av entreprenørens tapsbegrensningsplikt der han ikke får i stand et dekningsalg. Dommen kan dermed tjene som eksempel på reguleringen av tapsbegrensningsplikten ved utleie på et annet kontraktsområde.

3.4.5 Dekningskontrahering

Tapsbegrensningsplikten kan innebære en plikt for entreprenøren til å påta seg nye oppdrag, men de nye oppdragene reduserer ikke nødvendigvis erstatningen. Der entreprenøren engasjerer underentreprenører vil det for eksempel ofte oppstå tap uansett, ettersom entreprenøren kan påta seg en større mengde oppdrag. Avbestillingen av et oppdrag vil da gjerne medføre tap uavhengig av om entreprenøren tilbys et nytt prosjekt, siden han uansett kunne tatt på seg flere oppdrag. Dette var situasjonen i Rt 2003 s. 486. I saken fremmet selgeren (Block Watne AS) krav på erstatning for tapt fortjeneste ved avbestillingen av en avtalt oppføring av typehus, jfr. bustadoppføringsloven § 52 tredje ledd. Spørsmålet saken reiste, var om det kunne kreves erstatning for fortjenestetap i et tilfelle hvor avbestillingen ikke medførte redusert virksomhet eller ledighet, men tapt omsetningsvolum, fordi entreprenøren ville ha utvidet virksomheten uten avbestillingen. Block Watne opererte med en policy om at de kunne påta seg ethvert oppdrag, og hevdet på bakgrunn av dette at de uansett ville lide tap, og derfor kunne kreve dette erstattet.

Høyesterett kom til at det kunne kreves erstatning i et slikt tilfelle. Verken ordlyd eller lov ga et klart svar, men retten fant støtte for resultatet ved alminnelige erstatningsutmålingsprinsipper om at entreprenøren skal holdes skadesløs ved avbestilling. I begrunnelsen ble det vist til hensynet til kontraktssikkerhet, og at forbrukerens hensyn var tilstrekkelig ivaretatt gjennom lepningsadgangen i bustadoppføringsloven § 36. Det ble også vist til juridisk teori. Førstvoterende uttaler i avsnitt 36 at det *"må føres plausibelt*

bevis for at selskapet – dersom avbestillingen ikke hadde funnet sted – ville ha gjennomført dette prosjektet i tillegg til de som ble gjennomført”. Entreprenøren må dermed bevise at kapasiteten overstiger etterspørselen og at det aktuelle prosjektet ville blitt gjennomført om ikke avbestillingen hadde funnet sted. Tilsvarende gjelder ved heving, jfr. bustadoppføringsloven § 58 som gir § 52,3 tilsvarende anvendelse.

Dommer Oftedal Broch, som representerte mindretallet alene, mente at flertallets tolkning av § 52,3 var feil. Han viste til bestemmelsens ordlyd om at *”det blir godtgjort at det ikke var mogleg å oppnå ei tilsvarende fortjeneste ved oppdrag frå andre*”. Om dette uttaler han: *”Det som reelt ligger i det siterte kravet, er at selgeren skal godtgjøre at han har forsøkt, men ikke lykkes, i å finne alternative oppdrag, noe som er et utslag av den generelle plikten en skadelidt har til å begrense sitt tap*”. Oftedal Borch mener at dette ikke ble godtgjort av selgeren (Block Watne AS), ettersom ressursene ved bortfall av kontrakten rent faktisk fullt ut ble benyttet til å oppfylle andre kontrakter. Dette begrunnet han med at en erstatningsplikt i en slik situasjon vil innebære at plikten til å begrense tapt fortjeneste i praksis faller bort. En slik rettstilstand er vanskelig å akseptere både i forhold til ordlyden i seg selv, men også i forhold til lovens målsetting om å styrke forbrukerens stilling. Videre argumenterte han med at erstatningsplikt for forbrukeren i en slik situasjon vil medføre en dobbeltdekning. Bedriften får erstatning for tapt dekningsbidrag fra den avbestilte kontrakten, men den får også dekningsbidrag fra de kontraktene som tok den avbestilte kontraktens plass.

Personlig ser jeg en god argumentasjon bak begge løsninger. De lege ferenda heller jeg likevel noe mer mot mindretallets løsning. Dette på bakgrunn av lovens ordlyd, prinsippet om at man ikke skal ha dobbel erstatning, forbrukerhensyn samt alternative måter for den profesjonelle part å løse dette problemet på. Lovens ordlyd alene støtter etter min mening mindretallets syn i større grad enn flertallets. Dersom lovgiverens intensjon var noe annet enn hva som fremgår ved en alminnelig språklig fortolkning av ordlyden, burde den vært formulert på en annen måte – spesielt med tanke på at dette er en forbrukerlov. Den profesjonelle part vil også ha andre måter å forsterke sitt vern mot avbestillinger på. Som

mindretallet påberoper vil selgeren ha en mulighet til å kontraktsfeste et eget avbestillingsgebyr etter lovens § 54. Videre står prinsippet om at ingen skal tjene på erstatning sterkt i norsk rett. Dersom man mener dobbeltdekning foreligger medfører prinsippet compensation lucri cum damno i utgangspunktet at det skal gjøres fradrag i erstatningsoppgjøret for de fordeler misligholdet medfører⁶².

Selv om flere forhold kan tale mot flertallets løsning er rettstilstanden de lege lata slik Høyesteretts flertall har fastsatt. Dette innebærer at tappt omsetningsvolum kan kreves erstattet ved oppdrag uten rett til tomt. Der forbrukeren derimot ikke eier tomten selv, jfr. § 53, vil en avbestilling normalt ikke føre til tappt omsetningsvolum for entreprenøren. I en slik situasjon vil ofte entreprenørens byggefelt representere en kapasitetsbegrensning ettersom antall boliger normalt er planlagt i forkant. Entreprenøren vil da kunne deknings selge boligen og kreve prisdifferansen og eventuelle kostnader ellers erstattet⁶³.

Hvorvidt tapsbegrensningsplikten innebærer en plikt til å dekningskontrahere vil kunne avhenge av omstendighetene rundt det nye oppdraget. Sikkerheten rundt det nye oppdraget vil blant annet spille inn. Ellers vil det kunne være av betydning om det nye oppdraget vil innebære merkostnader for entreprenøren. Begge disse momentene ble tillagt vekt i LB-2008-074693. Saken omhandlet et krav på erstatning fra et byggefirma (Mester) til en kommune med den begrunnelse at kommunen hadde gjennomført en anbudskonkurranse feil, slik at Mester ikke fikk oppdraget. Kommunen bestred erstatningskravet og hevdet at Mester ikke hadde oppfylt sin tapsbegrensningsplikt ettersom det ikke hadde deltatt i ny anbudskonkurranse. Kommunen fikk ikke medhold i at Mester hadde brutt sin tapsbegrensningsplikt og måtte erstatte den negative kontraktsinteressen. Dette ble begrunnet med at; *”deltakelse ville medført merutgifter for Mester, og det kan ikke legges til grunn at Mester ville fått oppdraget”*. Saken omhandlet riktignok forholdet mellom to

⁶² Hagstrøm (2003) s. 549

⁶³ Ustaheim (2003) s. 8

profesjonelle parter, men jeg antar at tilsvarende momenter kan spille inn i vurderingen av forbrukerforhold.

Av det ovenfor nevnte fremgår at tapsbegrensningsplikt i form av dekningskontrahering avhenger av entreprenørens kapasitetsutnyttelse, men også av konkrete forhold som sikkerheten rundt det nye oppdraget og eventuelle påbeløpte merkostnader. Naturlig nok må også den nye avtalen kunne anses å begrense skaden, og avtalen bør gi uttrykk for den beste løsning som begrenser skaden i størst mulig grad.

Man kan imidlertid diskutere rimeligheten av å pålegge entreprenøren å inngå en ny avtale med en kontraktspart som allerede har misligholdt en avtale. Forholdet mellom partene kan ha tilspisset seg som en følge av kontraktsbruddet og det kan i en slik situasjon virke urimelig å påtvinge en ny kontrakt⁶⁴. Situasjonen kan også være at det ikke eksisterer nye oppdrag, ettersom det i noen tilfeller ikke er annet arbeid å oppdrive. Spørsmålet blir da om entreprenørens tapsbegrensningsplikt innebærer en plikt å si opp eller permittere arbeidstakere.

3.4.6 Permittering og oppsigelse

Hvorvidt tapsbegrensningsplikten innebærer en plikt til å foreta permitteringer og oppsigelse må avgjøres konkret. På den ene siden taler tungtveiende sosiale hensyn for at tapsbegrensningsplikten ikke bør gå ut over arbeidstakerne. Det kan dessuten være i entreprenørens interesse å beholde antallet arbeidstakere på bakgrunn av ønsket om å ivareta størrelse og faglig standard. Når entreprenøren tvinges til å permittere arbeidstakere øker risikoen for at de permitterte finner arbeid andre steder. Dersom markedet senere endrer seg vil entreprenøren kunne ha problemer med å få inn gode fagfolk. Kjøperen bør på bakgrunn av dette ikke kunne påføre virksomheten og dens ansatte velferdstap⁶⁵.

⁶⁴ Hagstrøm (2003) s. 564 i petit.

⁶⁵ Hagstrøm (2003) s. 241

På den annen side bør ikke omstrukturering i en bransje utsettes ved erstatningsutmålinger. Er det klart at oppdragsmengden går nedover og vil fortsette slik en periode fremover bør man lettere ty til permitteringer og oppsigelse⁶⁶. Vi har en voldgiftsdom som støtter dette synspunkt. ND 1975 s. 298 omhandlet et erstatningskrav fra A/S Akers mekaniske verksted mot Hilmar Reksten etter heving av kontrakter om bygging av fire tankskip på grunn av betalingsmislighold fra Reksten. Grunnet endringer i markedet hadde ikke Aker mulighet til å få i stand andre oppdrag, men beholdt likevel flere av ansettelsene. Voldgiftsretten kom til at Aker ikke hadde overholdt sin tapsbegrensningsplikt ved å opprettholde så mange ansettelser. Dette ble blant annet begrunnet med den lave muligheten for å få oppdrag i lang tid fremover. Rimelighetshensyn taler for at entreprenøren generelt vurderer sannsynligheten for å få oppdrag i fremtiden mot antallet ansatte. Dersom entreprenøren ikke ivaretar slike hensyn bør han bære tapet selv. Trolig vil tap uansett oppstå når entreprenøren ikke tar hensyn til endringer på markedet. Det ville da være urimelig å pålegge skadevolderen å dekke tap som dels skyldes entreprenørens uaktsomhet.

Også i tilfeller der de ansatte er hentet inn for den enkelte kontrakt bør det lettere kunne kreves permittering eller oppsigelse⁶⁷. Her gjør ikke hensynet til velferdstap seg gjeldende i samme grad.

3.4.7 Annet

Lovgiveren har nedfelt noen bestemmelser som ivaretar samme hensyn som tapsbegrensningsplikten, og som i og for seg kan sies å være en del av denne. Bestemmelsen i bustadoppføringslova § 58,2 er et eksempel. Bustadoppføringsloven § 58,2 inntreffer ved heving og innebærer at entreprenøren i *"rimeleg omfang [plikter å] sikre utført arbeid og materialar og utstyr"* på byggeplassen. Plikten kan innebære tildekking av plast, avstenging av vann, låsing og liknende⁶⁸. Dersom plikten forsømmes må entreprenøren etter alminnelige erstatningsprinsipper selv dekke tapet som følger av forsømmelsen. Som

⁶⁶ Hagstrøm (2003) s. 562-563

⁶⁷ Hagstrøm (2003) s. 562-563

⁶⁸ Lilleholt (2009) note 106, jfr. note 228

ved den alminnelige tapsbegrensningsplikt medfører forsømmelse en reduksjon av erstatningskravet.

Jeg har til nå gitt en del eksempler på hva tapsbegrensningsplikten kan bestå av. Hvilket av disse tiltakene som er aktuelle avhenger dels av tidspunktet tapsbegrensningsplikten inntreffer på. Dette behandles i det følgende.

3.5 Har tidspunktet tapsbegrensningsplikten inntreffer på betydning for dens innhold?

3.5.1 Innledning

Tidspunktet tapsbegrensningsplikten inntreffer kan ha betydning for dens nærmere innhold. Sentralt i denne forbindelse er hvor man befinner seg i prosessen når tapsbegrensningsplikten inntreffer; ved avtaleinngåelsen, etter påbegynt oppdrag eller ved ferdigstillelsen. Det spiller også inn om det dreier seg om et oppdrag med rett til tomt eller et oppdrag uten rett til tomt.

3.5.2 Ved avtaleinngåelsen

Dersom tapsbegrensningsplikten inntreffer etter inngåelsen av avtalen, men før arbeidet er påbegynt, vil entreprenøren ofte være nærmest å påta seg andre oppdrag for å begrense tapet. Ettersom erstatning for tapt omsetning/fortjeneste er det mest aktuelle tap i en slik situasjon, vil tapsbegrensningsplikten være sentral i denne forbindelse. Også permitteringer og oppsigelse kan kanskje være aktuelt i en slik situasjon⁶⁹. Utleie er mindre praktisk, med mindre det dreier seg om utleie av tomten det skulle bygges på (tomtefeste). Dekningssalg av tomten kan også være aktuelt der det dreier seg om et oppdrag med rett til tomt.

3.5.3 Etter påbegynt oppdrag

Når tapsbegrensningsplikten inntreffer underveis i byggingen medfører det at entreprenøren må stoppe sitt arbeid midt i prosessen. Entreprenørens tapsbegrensningsplikt kan også her

⁶⁹ Hagstrøm (2003) s. 562-563

bestå av en plikt til å permittere eller si opp arbeidstakere. Dersom det er andre oppdrag å oppdrive kan entreprenøren ha en plikt til å ta på seg disse. Dette fordi forbrukeren da slipper å erstatte de eventuelle permitteringskostnadene. Der oppdraget omfatter rett til tomt kan tapsbegrensningsplikten dessuten bestå av en plikt til å foreta et dekningssalg. Da selger entreprenøren det uferdige huset til en tredjeperson for å begrense tapet.

Bustadoppføringsloven kommer til anvendelse på et slikt salg. Men dekningssalget kan også innebære salg av byggematerialene eller utnyttelse av slike materialer på andre av entreprenørens prosjekter. Utleie av et uferdig hus fremstår derimot som mindre praktisk. Dekningssalg er naturlig nok mindre praktisk når forbrukeren selv eier tomten. I et slikt tilfelle sitter forbrukeren igjen med det halvferdige huset, jfr. bustadoppføringsloven § 58,3.

3.5.4 Ved ferdigstillelsen

Tapsbegrensningsplikten kan inntre i en situasjon der boligen er ferdigstilt, men kun overtagelse og eventuell betaling mangler. Ved heving av oppdrag som omfatter rett til tomt vil entreprenørens tapsbegrensningsplikt kunne innebære en plikt til å dekningsselge boligen. Da kommer avhendingsloven til anvendelse på salget. Dersom entreprenøren ikke får i stand et dekningssalg kan det være at han plikter å leie ut boligen. Ved heving av oppdrag som ikke omfatter rett til tomt sitter forbrukeren med huset. Det kan være vanskelig å forestille seg praktiske muligheter for entreprenørens tapsbegrensningsplikt i en slik situasjon. Vurderingen må imidlertid tas konkret, og der det eksisterer rimelige tapsbegrensende muligheter plikter entreprenøren å gripe disse.

4 Selgerens tapsbegrensningsplikt ved heving etter avhendingsloven

4.1 Innledning

Avhendingsloven gjelder avhending av fast eiendom ved salg, bytte eller gave, jfr. § 1-1,1. Loven er negativt avgrenset mot bustadoppføringsloven, jfr. § 1-1,2. Det innebærer at avtaler som positivt faller under bustadoppføringsloven ikke reguleres av avhendingsloven. Selgerens tapsbegrensningsplikt ved heving etter avhendingsloven kan inntre på bakgrunn av ulike hendelser. Kjøperen unnlater for eksempel å betale eller medvirke slik som avtalt og dette berettiger heving og/eller rett til erstatning for selgeren. Avhendingsloven kapittel 5 og 7 regulerer slike situasjoner. Mens kapittel 5 regulerer misligholdssanksjonene selgeren kan ta i bruk, omhandler kapittel 7 fellesbestemmelser om blant annet erstatning. Avhendingsloven § 7-1 gir uttrykk for hovedregelen om erstatning. Bestemmelsen forteller at erstatningen skal tilsvare det økonomiske tap parten *”har hatt som følge av avtalebruddet”*. Det må dermed foreligge årsakssammenheng. Erstatningen omfatter imidlertid bare tap som den ansvarlige med rimelig grunn kunne ha regnet som en mulig følge av avtalebruddet, jfr. § 7-1,1. Årsakssammenhengen må altså være påregnelig. Besparelsene selgeren oppnår som følge av avtalebruddet skal trekkes fra. Bestemmelsen samsvarer med det alminnelige prinsipp om fastsetting og utmåling av erstatning.

4.2 Hjemmel

Tapsbegrensningsplikten er hjemlet i § 7-2 og lyder: *”Forsømer parten å avgrense tapet gjennom rimelege tiltak, må parten sjølv bere den tilsvarende delen av tapet”*. Plikten til å begrense sitt tap gjelder i forhold til enhver aktuell tapspost, blant annet tapt omsetning og fortjeneste. Selgerens tapsbegrensningsplikt medfører at også besparelser som *burde* vært oppnådd skal tas i fradrag⁷⁰. Avhendingsloven kan i utgangspunktet fravikes ved avtale, jfr. § 1-2. Loven kan likevel ikke fravikes til ugunst for kjøperen ved forbrukerkjøp av nyoppført bolig som ikke har vært benyttet som bolig i mer enn ett år på avtaletidspunktet, dersom selgeren har gjort avtalen som del av næringsvirksomhet, jfr. § 1-2,2,1. Tanken bak

⁷⁰ Anderssen (2008) s. 412

bestemmelsen er at forbrukeren skal være beskyttet ved ufravikelighet for alle avhendingslovens bestemmelser i de tilfeller der selger oppfører bolig for salg, men boligen er ferdig på salgstidspunktet slik at bustadoppføringslovens bestemmelser ikke kommer til anvendelse⁷¹. Ved andre forbrukerkjøp er det ramset opp en rekke paragrafer som ikke kan fravikes til ugunst for kjøperen, jfr. § 1-2,2,2. Bestemmelsen om tapsbegrensningsplikt i § 7-2 er en av de ufravelige hjemler i så henseende. Med forbrukerkjøp menes kjøp av eiendom der kjøperen er en fysisk person som ikke hovedsaklig handler som ledd i næringsvirksomhet, jfr. § 1-2,3.

4.3 Hva utløser tapsbegrensningsplikten?

4.3.1 Innledning

Den ulovfestede tapsbegrensningsplikt inntreffer ved aktuelt eller antasipert mislighold skadelidte kjente eller burde kjenne til. Den lovfestede tapsbegrensningsplikt i avhendingsloven § 7-2 bygger på kjøpsloven § 70, som igjen har sin bakgrunn i det alminnelige prinsipp om tapsbegrensningsplikt. Dette taler for at tapsbegrensningsplikten etter avhendingsloven § 7-2 inntreffer på samme tid som den ulovfestede tapsbegrensningsplikt – altså ved aktuelt eller antasipert mislighold selgeren kjente eller burde kjenne til.

I utgangspunktet utløses tapsbegrensningsplikten ved et alminnelig erstatningskrav etter avhendingsloven, jfr. § 7-2. Bestemmelsen gjelder altså både erstatningskrav fra selgeren og kjøperen. Temaet for denne avhandlingen er imidlertid selgerens tapsbegrensningsplikt i en hevingssituasjon. Det vil på bakgrunn av dette være av interesse å redegjøre for når selgeren kan heve etter avhendingsloven. Dette gjøres på tilsvarende måte som under bustadoppføringsloven. Dermed vil det også være enklere å sammenlikne tapsbegrensningsplikten utløsende faktorer etter de to lover.

⁷¹ Nordtveit (2009) note 8

Også etter avhendingsloven kan selgeren heve avtalen ved ”*vesentlig avtalebrot*”, jfr. § 5-3. Bestemmelsen regulerer nærmere i hvilke situasjoner heving er lovmessig. For å kunne heve må selgeren ellers ha fremsatt krav om det innen gjeldende frister, jfr. § 5-7.

4.3.2 Manglende betaling

Der manglende betaling utgjør et ”*vesentlig avtalebrot*” kan selgeren heve avtalen og/eller kreve erstatning, jfr. §§ 5-3,1 og 5-4,1. Heving kan være berettiget når det foreligger total eller delvis betalingsforsinkelse. Det kan også være en forsinket utstedelse av pantobligasjon til dekning av kjøpesummen eller en forsinket overtagelse av pantegjeld som kjøperen etter avtalen skal overta⁷². Bestemmelsen omfatter også den situasjon at kjøperen uberettiget hever avtalen, slik at det er å anse som et vesentlig mislighold. Det skal foretas en samlet vurdering av om avtalebruddet er vesentlig. Betalingsforsinkelsens varighet, virkningen for selgeren og beløpets størrelse trekkes blant annet inn i vurderingen⁷³.

Også der kjøperen ikke betaler innen en rimelig tilleggsfrist satt av selgeren, vil selgeren ha rett til å heve, jfr. § 5-3,3. I en slik situasjon kan selgeren heve kontrakten uten å foreta en vesentlighetsvurdering. Den fastsatte betalingsfristen må imidlertid være rimelig, slik at det er praktisk mulig for kjøperen å betale innen fristen⁷⁴. Etter at kjøpesummen er betalt kan selgeren ikke heve, med mindre han gir kjøperen melding om det før han fikk vite om oppfyllelsen fra kjøperens side, jfr. § 5-7,1a. Når det foreligger manglende betaling fremsetter selgeren ofte et erstatningskrav for det tap han har lidt som følge av avtalebruddet, jfr. § 5-4,1. Bestemmelsen om tapsbegrensningsplikt i § 7-2 vil da være aktuell.

⁷² Bergsåker (2003) s. 372

⁷³ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 120

⁷⁴ Bergsåker (2003) s. 376

4.3.3 Manglende medvirkning

Der kjøperen ”*ikkje oppfyller andre skyldnader enn betaling av kjøpesummen*” og dette utgjør ”*vesentleg avtalebrot*” kan selgeren heve avtalen og kreve erstatning, jfr. §§ 5-3,2 og 5-4,2. Dette omfatter blant annet situasjonen der kjøperen som en del av vederlaget skal yte noe annet enn penger. I forarbeidene nevnes som eksempel at kjøperen skal skaffe selgeren annet husly, sikre kårtyelser, rydde og/eller vedlikeholde⁷⁵. I

vesentlighetsvurderingen skal det legges stor vekt på om plikten har mye å si for selgeren, og om dette er noe kjøperen kjenner eller burde kjenne til⁷⁶. Der kjøperen vet at ytelsen har mye å si for selgeren, men likevel unnlater å oppfylle, vil vesentlighetskravet trolig senkes noe slik at det blir enklere for selgeren å heve.

Hevingsberettiget er selgeren også der kjøperen ikke overtar boligen når selgeren har en særlig interesse av å bli kvitt den, jfr. § 5-3,2,2. Det kan for eksempel være selgerens alder som gjør det ekstra tungt for han å besitte eiendommen⁷⁷, eller at selgeren skal flytte utenlands⁷⁸. Tilsvarende gjelder der selgeren har satt en rimelig tilleggsfrist for overtagelse i en slik situasjon, jfr. § 5-3,3. Når det foreligger manglende medvirkning fremsetter selgeren ofte et erstatningskrav for det tap han har lidt som følge av avtalebruddet, jfr. § 5-4,2. Bestemmelsen om tapsbegrensningsplikt i § 7-2 vil da være aktuell.

4.3.4 Forventet avtalebrudd

Også forventet avtalebrudd kan i noen situasjoner berettige heving. Avhendingsloven kapittel 6 inneholder fellesbestemmelser om antesipert mislighold. Heving ved forventet avtalebrudd reguleres i § 6-2. Bestemmelsen kan ikke fravikes til ugunst for kjøperen i forbrukerkjøp, jfr. § 1-2,2. Dersom det før oppfyllelsen er ”klårt” at avtalen vil bli brutt på en måte som berettiger heving, kan avtalen heves før oppfyllelsestiden, jfr. § 6-2,1.

Hevingsretten gjelder uavhengig av årsaken til det ventede mislighold. Dersom selgeren

⁷⁵ NOU 1979:48 s. 58

⁷⁶ Rognlien (1998) s. 136

⁷⁷ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 123

⁷⁸ Rognlien (1998) s. 139

ønsker å heve har han ansvar for at hevingsvilkårene foreligger⁷⁹. Dette samsvarer med alminnelig rett. Den andre parten kan unngå heving ved å stille fullgod sikkerhet for at oppfyllelse vil finne sted, jfr. § 6-2,1,2.

4.4 Hvilken innvirkning har tapsbegrensningsplikten på erstatningsutmålingen?

Jeg har til nå gjennomgått noen situasjoner som berettiger heving. Hjemmelen for tapsbegrensningsplikt i avhendingsloven § 7-2 kommer imidlertid først inn ved et erstatningskrav. Etter avhendingsloven kan selgeren kreve erstatning i tillegg til å heve eller uavhengig av et hevingskrav, jfr. §§ 5-4,1 og 5-1,1c. Tapsbegrensningsplikten er av betydning ved erstatningsberegningen ettersom den kan medføre at erstatningskravet skal settes ned, jfr. § 7-2,1. Men tapsbegrensende tiltak kan kun kreves erstattet når de utgjør tap kjøperen er ansvarlig for. For å fastlegge når slik reduksjon kan skje, vil det være nødvendig å redegjøre for i hvilke situasjoner selgeren kan kreve erstatning fra kjøperen og hva han kan kreve erstattet. Avhendingsloven skiller mellom erstatningskrav grunnet manglende betaling og erstatningskrav grunnet manglende medvirkning. Hva som kan kreves erstattet vil dermed kunne variere noe etter misligholdets art.

4.4.1 Selgerens erstatningskrav ved manglende betaling

Selgeren kan kreve erstatning for tap som skyldes den forsinkede betalingen. Dette reguleres i § 5-4,1. Ved betalingsmislighold vil selgeren normalt ikke ha overlatt bruken av eiendommen til kjøperen, slik at selgeren ofte blir ansvarlig for kommunale avgifter i lengre tid enn avtalt. Disse utgiftene kan han kreve erstattet⁸⁰. Han kan likevel ikke kreve erstattet tap som faller utenfor kjøperens kontrollansvar, jfr. § 5-4,1. Dette innebærer at kjøperen ikke er ansvarlig som for tap som skyldes en hindring utenfor hans kontroll, for eksempel stans i betalingsformidlingen. Det fremgår av § 5-4,1 at § 4-5,2 og 3. ledd gjelder tilsvarende. Dermed er kjøperen fri for ansvar så lenge hindringen varer. Og dersom hindringen faller bort, kan ansvar gjøres gjeldende fra da av dersom kjøperen fremdeles plikter å oppfylle, men ikke gjør det, jfr. § 4-5,3. Kjøperen er heller ikke ansvarlig for tap

⁷⁹ Rognlien (1998) s. 147

⁸⁰ Jfr. LB-2005-076857 og Anderssen (2008) s. 378

som skyldes forsinkelse fra en medhjelper som kjøperen har gitt i oppdrag å oppfylle avtalen når også medhjelperen ville vært ansvarsfri etter § 4-5,1 jfr. § 4-5,2.

Avhendingsloven § 5-4,1 skiller ikke mellom direkte og indirekte tap. Dette følger av at § 5-4,1,3 kun lar § 4-5,2 og 3. ledd komme til anvendelse. Dermed vil kjøperen ved betalingsmislighold i prinsippet ha samme ansvarsgrunnlag for indirekte som for direkte tap⁸¹. Kjøperens ansvar omfatter dermed alt påregnelig økonomisk tap som følge av betalingsmisligholdet, jfr. § 7-1,1. Et typisk erstatningsberettiget tap kan for eksempel være erstatning for de ekstra kapitalkostnadene selgeren pådrar seg ved at han i en periode må sitte med to boliger. Disse utgiftene kan han i utgangspunktet kreve erstattet⁸². Dersom selgeren derimot bryter sin tapsbegrensningsplikt, vil kjøperens erstatningsansvar kunne nedsettes, jfr. § 7-2,1. Når det gjelder krav på renter og erstatning for rentetap reguleres dette i § 7-3.

4.4.2 Selgerens erstatningskrav ved manglende medvirkning

Selgeren kan kreve erstatning etter § 4-5 for tap han lider som følge av at kjøperen ikke oppfyller en annen del av avtalen enn betalingen, eller kjøperen ikke tar over eiendommen til rett tid i et tilfelle der selgeren har en særlig interesse i å bli kvitt eiendommen, jfr. § 5-4,2a og b. Og her som ellers kan selgerens brudd på tapsbegrensningsplikten medføre reduksjon av erstatningskravet, jfr. § 7-2,1. Lovgiveren har gjort kjøperens ansvarsgrunnlag avgjørende for hvilke tap selgeren kan kreve erstattet. Dette har betydning for hvilke tapsbegrensende tiltak han kan kreve dekket av kjøperen. Det skilles mellom direkte og indirekte tap. Hva som regnes som indirekte tap fremgår av § 7-1,2a-d. Dette omfatter blant annet produksjons-, omsetnings-, avsavns- og fortjenestetap. Direkte tap omfatter i utgangspunktet alt tap som ikke er definert som indirekte tap. Det kan for eksempel være selgerens advokatutgifter grunnet kjøperens kontraktsbrudd og/eller eventuelle merkostnader ved et dekningskjøp⁸³.

⁸¹ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 123 og 128

⁸² Jfr. LB-2000-002378 og Anderssen (2008) s. 379

⁸³ Bergsåker (2003) s. 141

Av § 4-5 fremgår at selgeren kan kreve erstatning for annet enn indirekte tap som skyldes forsinkelsen uten at det foreligger skyld på kjøperens side. Kjøperen kan altså bli ansvarlig for direkte tap på objektivt grunnlag. Lovgiveren fant det rimelig og bare la de direkte tap erstattes ved objektivt ansvar. De indirekte tapene ble ansett å være mer avledete og upåregnelige, slik at det burde kreves en større grad av skyld for å kreve disse erstattet. Oppregningen av indirekte tap i § 7-1,2a-d gjelder likevel ikke kostnader ved tiltak som avgrenser annet tap enn nevnt § 7-1,2a-d, jfr. § 7-1,3b. Slike tap konverteres til direkte tap og gir dermed skadevolderen en oppfordring til å foreta tapsbegrensende tiltak. Hvis selgeren for eksempel får produksjonstap (indirekte tap) som følge av et rimelig forsøk på å begrense et *direkte* tap, vil produksjonstapet konverteres til et direkte tap, og dermed kunne kreves erstattet, jfr. § 7-1,3b. På den annen side vil selgerens påløpte produksjonstap som følge av et forsøk på å begrense et *indirekte* tap ikke kunne kreves erstattet av kjøperen. I en slik situasjon konverteres ikke det indirekte tapet til et direkte tap.

Men selgeren kan heller ikke kreve de *direkte* tap erstattet når kjøperen godtgjør at forsinkelsen oppstod på grunn av en hindring som faller utenfor kontrollansvaret, jfr. § 4-5,1,2. Et eksempel på en slik hindring kan være streik. I en slik situasjon vil selgeren altså verken kunne kreve indirekte eller direkte tap erstattet av kjøperen. Dette har også betydning for selgerens adgang til å kreve de tapsbegrensende tiltak erstattet. Det er kun tapsbegrensende tiltak som utgjør et direkte tap som kan kreves erstattet etter kontrollansvaret. Av § 7-1,3 fremgår det for eksempel at tiltak som avgrenser indirekte tap også anses som indirekte tap. Slike tap kan dermed ikke kreves erstattet når kjøperen er ansvarlig etter kontrollansvaret. Der kjøperen har benyttet kontraktsmedhjelpere er han fri for ansvar i de tilfeller kontraktsmedhjelperne også er fri for ansvar, jfr. § 4-5,2. Kjøperen er fri for ansvar så lenge hindringen varer. Dersom hindringen faller bort, kan ansvar gjøres gjeldende fra da av dersom kjøperen fremdeles plikter å oppfylle, men ikke gjør det, jfr. § 4-5,3.

Hvis forsinkelsen eller tapet derimot har årsak i skyld på kjøperens side, kan selgeren kreve erstatning både for direkte og indirekte tap, jfr. § 4-5,4. Lovgiveren har funnet det naturlig å nedfelle et mer omfattende erstatningsansvar der det er noe å bebreide kjøperen.

Både brudd på tapsbegrensningsplikten i tilknytning til direkte og indirekte tap kan medføre at erstatningskravet reduseres. Det vil på bakgrunn av dette være interessant å behandle hva slags tiltak som må gjennomføres for å unngå en reduksjon av erstatningskravet. Dette fører oss over i hva tapsbegrensningsplikten kan bestå av.

4.5 Hva kan tapsbegrensningsplikten bestå av?

4.5.1 Innledning

Loven gir oss ikke noen klare eksempler på hva tapsbegrensningsplikten innebærer. Avhendingsloven § 7-2,1 forteller at selgeren må avgrense tapet gjennom ”*rimelege tiltak*”, hvis ikke må han selv bære den tilsvarende del av tapet. Verken bestemmelsen selv eller forarbeidene sier særlig mer enn at det foreligger en tapsbegrensningsplikt. Det vil da være naturlig å se på hva det er praktisk mulig og rimelig å forvente at selgeren foretar seg for å begrense tapet. Det nærmere innhold av slike tiltak varierer i ulike situasjoner, og både ytre og indre forhold kan spille inn i vurderingen. Se nærmere om dette under punkt 3.4.1. Felles for tiltakene er at de forsøker å holde alle kostnader ved misligholdet på et forsvarlig nivå. Det være seg forsvarlige annonse- og meglerkostnader ved et dekningsalg⁸⁴, forsvarlige forsikringskostnader av eiendommen i perioden⁸⁵ eller forsvarlige advokatkostnader⁸⁶. Flere av eksemplene på tapsbegrensende tiltak nevnt under behandlingen av tapsbegrensningsplikten etter bustadoppføringsloven kan også benyttes under avhendingsloven. Og det er heller ikke her mulig å uttømmende angi alle muligheter for tapsbegrensning som eksisterer.

⁸⁴ RG 1990 s. 58 (gjennomgått under punkt 4.5.2)

⁸⁵ LB-2005-076857

⁸⁶ LF-2005-049018

4.5.2 Avtale

Også etter avhendingsloven kan tapsbegrensningsplikten ivaretas ved at partene selv kommer til enighet om en avtalt ordning. Mest praktisk er trolig avtaler om avbetaling eller utsatt betalingsfrist når kjøperen ikke betaler i tide. Igjen dukker spørsmålet om selgerens eventuelle plikt til å inngå slike avtaler opp. Utgangspunktet må være at selgeren ikke plikter å inngå noen ny avtale. Imidlertid kan det tenkes at hans erstatningskrav bør nedsettes hvis han nekter å innlate seg på en spesielt rimelig og tapsbegrensende avtale. Ettersom selgeren ofte er en privatperson bør en slik nedsettelse utgjøre et snevert unntak. I slike situasjoner, der både kjøperen og selgeren er privatpersoner, vil ikke profesjonalitetshensynet gjøre seg gjeldende. Selgerens eventuelle plikt til å inngå en ny avtale vil derfor kunne variere avhengig av om han opptrer som profesjonell part eller privatperson. Om han så ikke har noen plikt til å inngå en ny avtale, så bør han i alle fall være forpliktet til å lojalt vurdere eventuelle tapsbegrensende forslag fra kjøperen. Det følger av lojalitetsprinsippet at partene lojalt skal vurdere hverandres tilbud⁸⁷.

4.5.3 Dekningssalg

Selgerens tapsbegrensningsplikt kan bestå av å foreta et dekningssalg. Dersom dekningssalget foretas til en lavere pris enn den kjøpesum som ble avtalt med kjøperen, vil kjøperen i utgangspunktet være erstatningsansvarlig for prisdifferansen etter avhendingsloven § 5-4. Utstrekningen av dette erstatningsansvaret er imidlertid begrenset av selgerens tapsbegrensningsplikt. Det må blant annet stilles krav til at selgeren foretar dekningssalget på en forsvarlig måte⁸⁸. Det gjelder både gjennomføringen av selve salget og tidspunktet for salget⁸⁹. I RG 2002 s. 743 påberopte kjøperen at selgeren hadde forsømt denne plikten. Betalingsmislighold fra kjøperens side resulterte i at selgeren hevet kjøpet. Selgeren foretok så et dekningssalg til vesentlig lavere pris og fremmet erstatningskrav mot kjøperen. Kjøperen påberopte seg at erstatningsansvaret skulle settes ned som følge av selgerens brudd på tapsbegrensningsplikten. Kjøperen begrunnet dette med at selgeren ikke

⁸⁷ Rt 1992 s. 1110

⁸⁸ LB-2001-002626 og Hagstrøm (2003) s.540

⁸⁹ Anderssen (2008) s. 379

benyttet seg av en eiendomsmegler, og at selgeren unnlot å avvente salget til et gunstigere salgstidspunkt. Retten ga ikke kjøperen medhold i dette, og uttalte i den forbindelse at kjøperen ble ansett å ha rimelig grunn til å regne med selgerens tap som følge av avtalebruddet, jfr. avhendingsloven § 7-1,1. Kjøperen måtte selv ta ansvaret for å ha bydd over taksten og bære risikoen for prisfall i boligmarkedet i tidsrommet mellom salgene.

Også i LB-2000-002378 ble det påberopt at dekningssalg ikke var gjennomført på en forsvarlig måte. Kjøperen gikk her forsettlig fra avtalen, slik at selgeren måtte foreta et dekningssalg. Kjøperen påberopte seg at erstatningskravet skulle settes ned som følge av at selgeren gjennomførte salget i feriemåneder, samt at selgeren hadde opplyst den nye kjøperen om at det dreide seg om et dekningssalg. Retten fant ikke tilstrekkelig sammenheng eller grunn til å nedsette erstatningen på bakgrunn av dette. Det ble også vektlagt at selgeren var kommet i en prekær økonomisk situasjon. Selgeren har ofte behov for å selge eiendommen raskt. Å vente med dekningssalg til ferietiden er over vil derfor kunne ramme selgeren urimelig hardt.

De to nevnte dommene kan peke i retning av at det skal en del til for at salget anses foretatt på en slik måte at erstatningskravet reduseres. Vi har likevel en dom i RG 1990 s. 58 som kommer til motsatt resultat. Her betalte ikke kjøperne for eiendommen grunnet manglende finansiering. Dette resulterte i at selgeren foretok et dekningssalg til lavere pris, for så å kreve prisdifferansen erstattet. Selgeren fikk bare delvis medhold da retten mente han burde avventet salget til et gunstigere tidspunkt. Retten mente selgeren kunne fått en bedre pris ved å yte større innsats i tilknytning til salget.

Men tapsbegrensningsplikten trenger ikke alltid å innebære en plikt til å foreta et dekningssalg. I LB-2009-006650 kom retten til at det ikke forelå en slik plikt. Her ville ikke kjøperen signere kontrakten. Selgeren krevde arrest for kontraktens fulle beløp. Kjøperen påberopte seg at selgeren hadde en tapsbegrensningsplikt og bare kunne kreve arrest for differansen ved et eventuelt dekningssalg. Retten kom til at det ikke forelå noe grunnlag for et dekningssalg. Dette ble begrunnet med at kjøperen selv hadde engasjert en

megler for salg av boligen, og at kjøperen i den forbindelse reelt forholdt seg til den opprinnelige kontrakten. Dommen viser at kjøperens opptreden vil kunne spille inn i vurderingen av selgerens tapsbegrensningsplikt.

Det er ikke alltid selgeren får i stand et dekningsalg. Det kan være flere grunner til dette, for eksempel et tregt boligmarked. I slike situasjoner sitter selgeren ofte igjen med kostnader rundt salgsforsøket, for eksempel meglerkostnader. Disse kan han kreve erstattet så fremt de er rimelige, jfr. § 7-2,1. I slike situasjoner kan det også tenkes at tapsbegrensningsplikten innebærer en plikt til å leie ut boligen.

4.5.4 Utleie

Å begrense tapet ved å leie ut boligen kan være aktuelt der selgeren ikke får solgt boligen. Dette vil for eksempel kunne være praktisk der selgeren har flyttet inn i en ny bolig. Ved å leie ut unngår man at boligen står tom. Dessuten kan selgerens erstatningskrav reduseres ved pengene han mottar fra utleieinntektene.

4.5.5 Annet

Lovgiveren har nedfelt flere bestemmelser med liknende formål som tapsbegrensning, blant annet avhendingsloven § 2-7 om selgerens plikt til å foreta forsvarlig tilsyn med eiendommen. Denneplikten gjelder også i en hevingssituasjon. Plikten omfatter *”forsvarleg tilsyn med eiendommen som er rimeleg etter tilhøva”*, jfr. § 2-7,1. Denneplikten gjelder uavhengig av bakgrunnen for at kjøperen ikke overtar eiendommen, men bakgrunnen vil kunne virke inn på tilsynspliktens utstrekning. På tilsvarende måte som ved tapsbegrensningsplikten har selgeren rett til dekning av forsvarlige kostnader i tilknytning til tilsynet, jfr. § 2-7,3. Tilsynsplikten går ikke lenger enn hva som er rimelig for å unngå verditap. Plikten omfatter blant annet kontroll med at eiendommen er forsvarlig avstengt fra allmennheten, og ansvar for at eiendommen ikke tar skade på grunn av mangler, uvær eller innbrudd. Dette kan innebære at selgeren plikter å tette hull i taket forårsaket av storm, eventuelt skifte vinduer etter innbrudd. Omfattende og kostbare tiltak kan det ikke kreves at selgeren foretar seg, men det kan kreves at han varsler kjøperen om mangler, og gir beskjed om at han ikke anser seg som ansvarlig for å rette disse. I vurderingen av pliktens

utstrekning må man ta hensyn til hva slags bygning det dreier seg om, hvilke tiltak som er vanlige på den typen eiendom og hvorvidt partene er forbrukere eller næringsdrivende⁹⁰. Tilsvarende hensyn bør tas i vurderingen av hvilke kostnader som skal erstattes i forbindelse med tilsynet, jfr. § 2-7,3. Bestemmelsen sier ikke noe om at brudd på tilsynsplikten skal redusere erstatningskravet selgeren har ved kjøperens forsinkelse, men det må antas at erstatningskravet kan reduseres etter alminnelige erstatningsprinsipper i en slik situasjon⁹¹. Vi ser på bakgrunn av dette at det kan trekkes flere paralleller mellom bestemmelsen og tapsbegrensningsplikten.

Også bestemmelsen om stansing ved forventet avtalebrudd i § 6-1 kan sies å inneholde fragmenter av en tapsbegrensningsplikt. Av annet ledd fremgår at den part som stanser oppfyllelsen straks må varsle den andre parten. Hvis selgeren for eksempel vil stanse oppfyllelsen grunnet antasipert mislighold må han altså varsle kjøperen. Dersom slikt varsel ikke gis kan kjøperen kreve erstatning for tap som kunne vært unngått hvis varsel ble gitt. Når selgeren så senere krever erstatning, vil det kunne gjøres fradrag i erstatningen på grunn av unnlatt varsling av kjøperen. Selgerens tapsbegrensningsplikt kan dermed sies å innebære varsling, og brudd på plikten kan medføre at han må bære tapet selv.

⁹⁰ Nordtveit (2009) note 17

⁹¹ Nordtveit (2009) note 17

5 Er det forskjell på entreprenørens/selgerens tapsbegrensningsplikt ved heving etter bustadoppføringsloven og avhendingsloven?

5.1 Tapsbegrensningspliktens inntreden

Både tapsbegrensningsplikten i bustadoppføringsloven § 36 og avhendingsloven § 7-2,1 bygger på kjøpsloven § 70 som gir uttrykk for det ulovfestede prinsipp om tapsbegrensningsplikt. Dette taler for at tapsbegrensningsplikten inntreder ved aktuelt eller antasert mislighold skadelidte kjente eller burde kjenne til etter begge lovene.

Avhandlingens tema har imidlertid vært tapsbegrensningsplikten *ved heving* etter de to lovene. En hevingssituasjon kan etter begge lovene inntre på bakgrunn av manglende betaling, manglende medvirkning og antasert mislighold, så fremt det utgjør et vesentlig mislighold eller det er klart at slikt mislighold komme til å oppstå, jfr. bustadoppføringsloven § 57 og avhendingsloven §§ 5-3 og 6-2.

5.2 Tapsbegrensningspliktens innvirkning på erstatningsutmålingen

Både brudd på tapsbegrensningsplikten etter bustadoppføringsloven og avhendingsloven medfører at entreprenøren/selgeren må bære en tilsvarende del av tapet selv, jfr.

bustadoppføringsloven § 36 og avhendingsloven § 7-2,1. Og etter begge lovene må det dreie seg om tiltak som begrenser et påregnelig og økonomisk tap, jfr.

bustadoppføringsloven §§ 52, 53 og avhendingsloven § 7-1,1. Entreprenøren/selgeren kan ikke kreve at forbrukeren/kjøperen dekker kostnadene ved tapsbegrensende tiltak i tilknytning til upåregnelige tap.

Avhendingsloven skiller mellom indirekte og direkte tap når tapet skyldes manglende medvirkning. Dette får betydning for tapsbegrensningsplikten i så henseende.

Erstatningshjemmelen i bustadoppføringsloven skiller ikke mellom direkte og indirekte tap.

Både bustadoppføringsloven og avhendingsloven lar kontrollansvaret komme til anvendelse i visse situasjoner. Etter bustadoppføringsloven gjelder kontrollansvaret kun ved oppdrag som ikke omfatter rett til tomt, jfr. § 52,3. Men vederlag for arbeid utført før avbestillingen/hevingen kan kreves uavhengig av kontrollansvaret. Etter avhendingsloven gjelder kontrollansvaret når misligholdet skyldes kjøperens forsinkede betaling, jfr. § 5-4,1. Men kontrollansvaret gjelder også ved annet mislighold, jfr. avhendingsloven § 5-4,2 som viser til § 4-5,1. Dersom tapet faller utenfor kontrollansvaret vil selgeren ikke kunne kreve det erstattet. Han vil da heller ikke kunne kreve godtgjørelse for tapsbegrensende tiltak i tilknytning til slikt tap. Naturlig nok kan heller ikke kjøperen påberope seg redusert erstatningsansvar på grunn av selgerens manglende tapsbegrensning av andre tap enn kjøperen er erstatningsansvarlig for.

5.3 Tapsbegrensningsplikten innhold

Tapsbegrensningsplikten innhold etter bustadoppføringsloven og avhendingsloven er naturlig nok forskjellig, men har likevel visse likhetstrekk. Etter begge lovene vil tapsbegrensningplikten ofte innebære en plikt til å kommunisere og tilpasse seg. Som en følge av dette vil partene også kunne opprette avtalte ordninger. Når det gjelder bustadoppføringsloven vil tapsbegrensningsplikten gjerne variere med når i byggeprosessen hevingen finner sted. Et slikt moment er ikke like relevant ved avhendingsloven. Salg etter avhendingsloven gjelder stort sett et ferdig hus der tapsbegrensningsplikten er mest praktisk i form av dekningsalg eller utleie. En annen forskjell er at det etter bustadoppføringsloven er av betydning om det dreier seg om et oppdrag med rett til tomt eller ikke. Om entreprenøren eier tomten eller ikke er av avgjørende betydning for hva entreprenøren rent faktisk kan foreta seg for å begrense tapet. Avhendingsloven opererer ikke med dette skillet.

Men også de rent praktiske mulighetene for å begrense tapet er forskjellige i avhendingsloven og bustadoppføringsloven. Dekningsalg er som utgangspunkt det mest aktuelle tapsbegrensende tiltak etter avhendingsloven. Det samme gjelder ved oppdrag som

omfatter tomt etter bustadoppføringsloven. Når forbrukeren eier tomten er et dekningsalg mer upraktisk. Utleie er på tilsvarende måte aktuelt etter begge lover, men er mindre aktuelt der heving skjer midt i byggeprosessen eller før bygging er påbegynt etter bustadoppføringsloven. Riktignok kan entreprenøren leie ut tomten i noen situasjoner, men utleie av et halvferdig hus fremstår som mindre praktisk.

Ved heving etter avhendingsloven sitter selgeren igjen med et hus han ønsker å selge. Entreprenøren er ofte i en tilsvarende situasjon ved heving etter bustadoppføringsloven, forutsatt at han eier tomten. Ofte er det imidlertid slik at hevingen/avbestillingen inntreffer før byggingen er ferdig. I den forbindelse vil entreprenøren ofte også sitte igjen med ubenyttet arbeidskraft. Begrensning av tapet ved å påta seg nye oppdrag er derfor mest aktuelt ved heving av oppdrag som ikke er påbegynt eller er halvferdige etter bustadoppføringsloven. Av samme grunn vil også permittering og oppsigelse være mest aktuelt ved heving etter bustadoppføringsloven.

5.4 Konklusjon

Drøftelsene over viser at det klart er forskjell på entreprenørens tapsbegrensningsplikt etter bustadoppføringsloven og selgerens tapsbegrensningsplikt etter avhendingsloven. Forskjellene henger i hovedsak sammen med de ulike praktiske forhold som eksisterer etter de to lovene. En sentral forskjell er ellers at selgeren etter bustadoppføringsloven er en profesjonell part, slik at strengere krav trolig kan stilles til hans tapsbegrensningsplikt sammenliknet med forbrukerselgerens tapsbegrensningsplikt etter avhendingsloven. Imidlertid har tapsbegrensningsplikten flere likhetstrekk, både når det gjelder inntreden, innvirkning og innhold. Dessuten bygger tapsbegrensningsplikten etter begge lover på det samme ulovfestede prinsipp. Begrunnelsen og hensynene bak er derfor i hovedsak de samme.

6 Kilder

6.1 Litteraturliste

- Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 1. utg. Oslo 1997.
- Anderssen, Harald Benestad. *Avhendingsloven med kommentarer*. 1. utg. Oslo, 2008.
- Askeland, Bjarte. *Kommentar til Lov om skadeserstatning*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sisert 7. august 2009].
- Bergem, John Egil og Stein Rognlien. *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*. 2. utg. Oslo, 1995.
- Bergem, John Egil og Stein Rognlien. *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*. 1. utg. Oslo, 1991.
- Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 4. utg. Oslo 2003.
- Bergsåker, Trygve. *Kjøp av ny bolig med kommentarer til bustadoppføringsloven*. 1. utg. Oslo, 2000.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001.
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 3. utg. Oslo, 2003.
- Herre, Johnny. *Erstättningar i köpreten: Särskilt om skadeståndsberäkning*. 1. utg. Stockholm, 1996.
- Iversen, Torsten. *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*. 1. utg. København, 2000.
- Lilleholt, Kåre. *Kommentar til Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.* I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sisert 18. august 2009].
- Lilleholt, Kåre og Hans Jakob Urbye. *Bustadoppføringslova*. 1. utg. Oslo, 2004
- Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. 1. utg. Oslo, 2001.
- Nordtveit, Ernst. *Kommentar til Lov om avhending av fast eiendom*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sisert 12. august 2009].

- *NS 8405 Kommentarutgave*. Helge Jakob Kolrud ... [et al.]. Oslo, 2004.
- Rognlien, Stein. *Avhendingsloven*. 1. utg. Oslo, 1998.
- Ustaheim, Håkon og Henning Borge. *Erstatning for tapt omsetningsvolum ved avbestilling og heving - Høyesteretts dom i Rt. 2003 s. 486*. I: Lov og rett 2003 nr. 10. Idunn.no [Sitert 9. September 2009].

6.2 Lover og forarbeider

- Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. Mai 1988 nr. 27.
- Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringsloven) av 13. juni 2000 nr. 43.
- Lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven) av 3. juli 1992 nr. 93.
- NOU 1976: 34 Lov om kjøp.
- NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov.
- NOU 1993: 20 Kjøp av ny bustad
- NOU 1979:48 Avhending av fast eiendom
- Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11. april 1980.
- Ot.prp.nr.21 (1996-1997). Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m. m (bustadoppføringslova).
- Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven).
- Ot.prp.nr.29 (1988-1989). Håndverkertjenester m. m for forbrukere (håndverkertjeneteloven).

6.3 Domsregister

- Rt. 1954 s. 482
- Rt. 2003 s. 486
- Rt. 2003 s. 400
- Rt. 1983 s. 205
- Rt. 1988 s. 1078
- Rt. 1999 s. 408
- Rt. 1957 s. 778
- Rt. 1995 s. 1350
- Rt. 1992 s. 1110

- RG 2002 s. 743
- RG 1990 s. 58
- LB-1999-02363
- LB-2008-167438
- LB-2008-074693
- LB-2009-006650
- LB-2005-076857
- LB-2001-002626
- LB-2000-002378
- LF-2005-049018

- ND 1975 s. 298